This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 198 263

GER
991.2
KRE

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 5 1908

Digitized by Google

Sommaire.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einrede und Beweislast.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristischen Fakultät
der Badischen Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg
zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Ernst Krefft
Referendar am Landgericht Elberfeld.

Berichterstatter: Geheimer Hofrat Prof. Dr. Buhl.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Digitized by Google

AUG 5 1908

Digitized by Google

Meinen Eltern!

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Vorwort 1

Ausführung.

A. Die Einreden.

I. Allgemeines und Terminologie 3

1. System der materiellrechtlichen Einrede, ihre Wirkung und selbständige Existenz auch außerhalb des Prozesses . . . 3

2. System der „Einrede im Prozeß", die möglichen Fälle, unter denen an gehöriger Stelle auch die materiellrechtlichen neben den prozessualen eingestellt werden . . . 8

II. Die materiellrechtliche Einrede 13

1. Äußere Abgrenzung.

a) Die Vorbegriffe: subjektives Recht, Anspruch, Gegenrecht 13

b) Einrede und Einwendung: mögliche Fälle der letzteren und ihre Abgrenzung gegenüber dem Gebiet der Gegenrechte 19

c) Rechtsvernichtende Einwendungen: ihre Stellung im System, Wirkung und juristische Konstruktion . . . 22

2. Innere Struktur.

a) Die Einrede als ausschließende 23

b) Die Einrede als aufschiebende 24

c) Die sekundären Fälle der ausschließenden Einrede: §§ 478, 639, 651, 821, 853 BGB. 25

3. Die Wirkung des Einrederechts.

a) Positiv: Wirkung im materiellen Recht vor Geltendmachung, insbes. auch die Verhütung der Folgen des Schuldnerverzugs 32

b) Negativ: Die Geltendmachung im Prozeß wirkt nicht anspruchzerstörend, gleicherweise bei dilatorischen wie peremtorischen 33

4. Verjährbarkeit der Einrede 35

a) Die prinzipielle Unverjährbarkeit 36

b) Wie steht es hiermit bei den sekundären Fällen der ausschließenden Einrede? 37

Digitized by Google

Seite

III. Die prozessuale Einrede 38
1. Mögliche Fälle, Entwicklung aus dem Rechtsschutzanspruch, den Prozeßvoraussetzungen und den Voraussetzungen für einzelne Prozeßhandlungen 38
2. Die Lehre von den prozessualen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen 43
a) Stärkere Nichtigkeitsgründe, ihre Wirkung während des Prozesses und nach Ergehen des Urteils 44
b) Schwächere Nichtigkeitsgründe und ihre Wirkung . 48
c) Anfechtungsgründe 49
3. Die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen.
a) als Grundlage für verzichtbare und unverzichtbare prozeßhindernde Einreden 50
b) als Grundlage für sonstige Einreden 52
4. Die prozeßhindernden Einreden im Gegensatz
a) zu den nicht prozeßhindernden, die sich auf den Mangel von Prozeßvoraussetzungen stützen . . 52
b) zu den sich auf Mängel einzelner Prozeßhandlungen stützenden 56

B. Die Beweislast.

I. Zugehörigkeit dieser Lehre zum prozessualen oder materiellen Recht 57

II. Die Regelung der Beweislast
1. Sind die Regeln aus der historischen Entwicklung, insbes. dem römischen Recht zu entnehmen? 57
2. Die neuere Doktrin 65
3. Versuch, die Lehre bezüglich der materiellrechtlichen Einrede zu entwickeln.
a) aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch 69
b) aus der Zivilprozeßordnung 78
4. Die Beweislast bei der prozessualen Einrede 80

Digitized by Google

Literaturverzeichnis.

Andreae, Der praktische Begriff der materiellen Einrede im heutigen Recht. Dissertation Marburg.

Baron, Pandekten. 9. Aufl. Leipzig 1896.

Beckh, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. 2 Bände. Berlin 1871—73.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 2 Bände. Weimar 1886 u. 1889.

Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozeß. Berlin 1904.

Brinz, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Aufl. Erlangen 1879.

Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung. Preisschrift der Universität Göttingen 1899.

Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen. Gießen 1868.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. Bd. 1 und 2. Tübingen-Leipzig 1902; Bd. 3 Tübingen 1905.

Cüppers, Beiträge zur Lehre von der Beweislast. Bonner Doktordissertation. Düsseldorf 1902.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 und 2. 2. Aufl. Halle 1901.

Eccius in Gruchots Beiträgen. Bd. 33.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, W., Der deutsche Zivilprozeß. Berlin 1879.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1900.

Fels, Der Einredebegriff nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff. Rostocker Dissertation. Berlin 1903.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Handausgabe. München 1902.

Fitting, Die Grundlagen der Beweislast. In der Zeitschrift für Zivilprozeßrecht Bd. 13 S. 1—79. 1889.

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 6. Folge. Berlin 1900.

Flegel, Der Begriff der Einrede im Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation der Universität Jena. Jena 1902.

Digitized by Google

Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1898.

Gareis, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. Berlin 1900.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 6. und 7. Aufl. Tübingen-Leipzig 1904.

Geier, Begriff der Einrede nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1901.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1901.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1899.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. Freiburg 1897.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903.

Heymann, Das Vorschützen der Verjährung. 1895.

Hölder, über Ansprüche und Einreden. Im Archiv für ziv. Praxis Bd. 93 (43). Tübingen-Leipzig 1902.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Allgemeiner Teil. München 1900.

Hölder, Anspruch und Klagrecht. In Buschs Zeitschrift f. d. Zivilprozeß Bd. 29 S 50. 1901.

Ihering, Geist des römischen Rechts. 4. Aufl. Berlin 1888.

Kreß, Zur Lehre von der Beweislast nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Würzburg 1899.

v. Keller, Pandekten. Bd. 1 1866; Bd. 2 1867.

Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Halbbd. Berlin 1904.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert. Berlin 1898.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Teil. Berlin 1898.

Küntzel in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 11 S. 358 ff.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Hälfte. Berlin 1900.

Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Leonhard, Beweislast. Berlin 1904.

Levy, Die Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen. In der Zeitschrift f. deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 87 ff. Berlin 1894.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Matthiaß, Die Wandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 7. Jahrg. Nr. 9 S. 320 ff. Berlin 1902.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch und der Zivilprozeßordnung.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Müller und **Meikel,** Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt und erläutert. Bd. 1. München 1899.

Neumann, Handausgabe des BGB. 3. Aufl. Berlin 1903.

Digitized by Google

Oertmann, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Osterloh, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses. Bd. 1. Leipzig 1856.
Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1878.
Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Berlin 1903.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Nördlingen 1887.
Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen. Bd. 1. Berlin 1899.
Reincke, Deutsche Zivilprozeßordnung. Berlin 1893.
Reinhold, Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast. 1888.
Reinhold, Zur Lehre von der Beweislast. In der Zeitschrift für ziv. Praxis von Busch Bd. 20. Berlin 1894.
Rizy, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß. Wien 1841.
Rosenberg, Die Beweislast nach der ZPO. und dem BGB. Berlin 1900.
Scherer, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Erlangen 1898.
Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.
Schneider, Die Lehre vom rechtlichen Beweise. Gießen 1842.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. München 1902.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 8. u. 9. Aufl. Leipzig 1899.
Staffel, Die Wirkung der peremtorischen Einrede. Im Sächsischen Archiv Bd. 10.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 1. München 1903.
Stölzel, Schulung für die ziv. Praxis. 5. Aufl. Bd. 1. Berlin 1902.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte vom kgl. Obertribunal Bd. 17. Berlin 1856.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar. 8. Aufl. Berlin 1901.
Suppes, Der Einredebegriff des BGB. Doktor-Dissertation von Leipzig 1902.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
Thon, Die rechtsverneinende Einrede. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 28, 1889.
v. d. Groeben, Der Einredebegriff nach BGB. und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff. Inaugural-Dissertation der Universität Rostock. Rostock 1903.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Wach, Abhandlung über die Beweislast. In der Zeitschr. für ZPr. Bd. 29 S. 392 ff., 1901.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. Bd. 1. Stuttgart 1903.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 2. Aufl. Leipzig 1885.
Wilmowski und **Levy,** Die Zivilprozeßordnung. Kommentar. Berlin 1895.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts. 8. Aufl. Frankfurt 1900.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

Drei umfangreiche Rechtsinstitute sind es, welche dem von mir gewählten Thema zugrunde liegen. Jedes von ihnen ist geeignet, für sich das Leitmotiv umfangreicherer Arbeiten als der vorliegenden zu bilden, und an solchen Monographien ist bei der gewaltig angewachsenen Literatur gerade über die vorliegenden Begriffe kein Mangel. Indessen an eine zusammenhängende Darstellung dieser so eng ineinander greifenden Materien ist — wenn wir einzelne größere systematische Werke ausnehmen — nicht gedacht worden. Insbesondere wurde der „Einrede im Prozeß" nicht die ihr gebührende allgemeine Stellung in der Trilogie gegeben. Dies kommt daher, weil herkömmlicherweise der materiellrechtliche Begriff Einrede aus dem Prozesse hergeleitet und dann gerade der prozessuale Begriff von dem materiellrechtlichen als dem bei weitem wichtigeren in den Hintergrund gedrängt wird. Eine schärfere Hervorhebung der materiellrechtlichen Wurzel des Einredebegriffs war m. E. geeignet, die rein prozessuale Einrede stärker zu betonen und die Einrede im Prozeß als den weiteren, wenn auch nicht alle Wirkungen der beiden obigen umfassenden Begriff aufzustellen. Doch war anzuerkennen, daß die Hauptwirkung der Einrede des materiellen Rechts gerade im Prozesse in Erscheinung tritt. Erst ihre Geltendmachung nämlich läßt die ganze Wirkung plastisch hervortreten.

Wem aber liegt für den Einredetatbestand der Beweis ob? Diese schwierige Frage ließ sich nur erörtern an der Hand der allgemeinen Beweislastregeln, welchen eine besondere Untersuchung auf Allgemeingültigkeit und Richtigkeit zu widmen war. Letztere mußte

Digitized by Google

zunächst auf die materiellrechtliche Einrede beschränkt werden, ihre analoge Anwendung auf die prozessuale Einrede ergab sich dann von selbst: Wenn überhaupt eine Beweislastverteilung bei den Einreden anzuerkennen ist, kann von einer prinzipiellen Ausnahme bezüglich der prozessualen Einrede keine Rede sein, jedenfalls nicht in Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften.

Digitized by Google

Die Einreden.

Digitized by Google

Das Wort Einrede deutet zunächst auf einen Widerspruch hin. Dieser kann im Prozeß im wahren wörtlichen Sinne des Wortes vorkommen, indem der Beklagte sein „Ich will dem Klagebegehren nicht nachkommen" mit oder ohne Rechtswirksamkeit dem klägerischen Anspruch entgegenstellt. Ein Widerspruch ist aber auch so denkbar, daß die normale Rechtsfolge eines Schuldverhältnisses vom Schuldner nicht herbeigeführt wird, vielmehr trotz Fälligkeit des Anspruchs im materiellen Sinne der latente Zustand auf Grund eines besonderen anomalen Tatbestandes bestehen gelassen wird. Dieser Widerspruch im letzteren Sinne ist nicht eigentliche Negation, vielmehr der Zustand des Ruhens, wo normalerweise ein Handeln gefordert wird, eine Art sanktioniertes Trägheitsmoment. Nicht zu verwechseln ist hiermit der Anspruch, welcher von vorneherein auf ein Unterlassen geht, denn dieser Anspruch ist nicht Widerspruch, nicht hervorgerufen durch das entgegengesetzte Begehren, obschon auch hier das Trägheitsmoment eine Rolle spielt. Im ersteren Falle ist das Nichttun gewollt, im zweiten Falle erzwungen oder wenigstens erzwingbar. Auf dem Unterschied zwischen effektivem und latentem Widerspruch beruht die tiefgreifende rechtliche Unterscheidung in „Einrede im Prozesse" und „Einrede im materiellrechtlichen Sinne". Daß nun die Einrede im Prozesse auch die Einrede im materiellen Sinne zur Basis haben kann, ist nicht zu verwundern, da ja sich aus diesem einfachen „Nichttun" ein ausdrücklicher Widerspruch im Falle des Anforderns im Prozesse entwickeln wird; anderseits wird — wie ich zeigen werde — durch diesen prozessualen Widerspruch nicht jede Rechtsfolge des der Rechtslage entsprechenden anomalen Zustandes des Nichtleistens mitumfaßt.

Die materielle Einwendung[1]) kann ihrer Natur nach nichts

[1]) Dies ist nach der Terminologie des BGB. der umfassendere Begriff.

Digitized by Google

anderes sein als eine Verneinung der rechtlichen Folgen des Anspruchstatbestandes — hier Anspruch im materiellen Sinne genommen —, sei es nun, daß das Entstehen des Anspruchs bezw. sein Fortbestehen verneint wird, sei es, daß Hemmungstatbestände vorliegen, die den Anspruch zwar in seiner Existenz unangetastet lassen, jedoch zur vorübergehenden oder dauernden Verweigerung der geschuldeten Leistung berechtigen, sei es endlich, daß die Einwendung selbst rechtsvernichtend wirkt, d. h. durch ihre Erhebung im Prozeß — nicht durch den ihr zugrunde liegenden Tatbestand allein — der Anspruch zum Erlöschen gebracht wird.

Wir unterscheiden demnach als mögliche Fälle der materiellrechtlichen Einwendungen:

1. rechtsverneinende Einwendungen,
2. rechtshemmende Einwendungen,
3. rechtsvernichtende Einwendungen.

Ob diese sämtlichen Einwendungen im Bürgerlichen Gesetzbuche vertreten sind, bleibt der späteren Ausführung vorbehalten, hier ist zunächst nur auf die Möglichkeit ihres Vorkommens hinzuweisen. Nun ist aber — wie weiter unten zu zeigen ist — der materiellrechtliche Begriff Einrede nur ein kleiner Ausschnitt aus der Summe dieser Einwendungen, er umfaßt nur die rechtshemmenden. Die materielle Wirkung der objektiven Möglichkeit des Einredevorbringens wird vielfach verneint. Es ist daher an dieser Stelle auf die Frage näher einzugehen, ob die von uns gewollte Herleitung des Begriffes der Einrede aus dem Anspruchsbegriff des materiellen Rechts innerlich berechtigt ist, im Gegensatz zu der verbreiteten Auffassung, welche den Einredebegriff als zunächst nur prozessualen aus dem Prozeßrecht erklärt. Nach letzterer soll die Einrede selbst materiell nur als prozessuale Leistungsverweigerung zu denken sein. Auf diesem Standpunkt stehen Zitelmann,[1]) Friedenthal,[2]) Endemann.[3]) Letzterer sagt: „Die Einrede kann ausschließlich im Prozeß und regelrecht nur zum Zwecke der Verteidigung zur Anwendung kommen. Die Erhebung der Einrede ist — wie die exceptio — eine Prozeß-

[1]) System S. 29.
[2]) a. a. O. S. 63 u. 66.
[3]) a. a. O. Bd. 1 S. 515.

Digitized by Google

handlung." Anderer Ansicht ist Crome.[1]) Er führt als Hauptbeispiel einer auch rein materiell wirksamen Einrede die Einrede des Zurückbehaltungsrechts an, und zwar m. E. mit Recht. Denn es kann doch nicht gesagt werden, daß der Besitz einer Sache, an der mir ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, während der Zeit, wo ich die Einrede prozessual nicht geltend gemacht habe, ein ungerechtfertigter, bösgläubiger gewesen sei.[2]) Dies würde aber der Fall sein, falls die Einrede ein nur prozessual wirksamer Begriff wäre. Durch das Einrederecht ist der Besitz der Sache für mich ein gutgläubiger; und wenn ich selbst des lieben Friedens willen im Prozesse darauf verzichte, das Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, so werde ich deswegen doch nicht als schlechtgläubiger Besitzer für die vorhergehende Zeit anzusehen sein. Auch noch sonstige im Gesetz besonders hervorgehobene Wirkungen stehen dem nicht prozessual geltend gemachten Einrederechte zu. So sind z. B. einredebehaftete Ansprüche nicht aufrechenbar (§ 390 BGB.), so kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde (§ 813 BGB.). Weiterhin kann gemäß § 886 der Eigentümer vom Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen, wenn er gegen den Anspruch eine ausschließende (peremtorische) Einrede hat. Zwei entsprechende Vorschriften zugunsten des Hypothekenschuldners und des Pfandschuldners bei beweglichen Sachen befinden sich in den §§ 1169 und 1254 BGB. Wie nun — worauf ich später noch zurückkommen werde — die Ausübung des subjektiven Rechts nicht nur im Anspruch, sondern auch im Genießen des Rechtes besteht (vgl. § 903 BGB.), so dürfte für das Einrederecht dasselbe Geltung haben. Der Genuß des der Einrede entsprechenden Zustandes ist ebenfalls Ausübung des Einrederechtes. Es ist demnach m. E. unrichtig, wenn Crome[3]) sagt: „Die Wirkung des Zurückbehaltungs-

[1]) System Bd. 1 S. 183/184.

[2]) Diese Ansicht scheint allerdings Hölder (Komm. S. 406 ff. und Anspruch und Klagerecht in Busch Zeitschr. Bd. 29 S. 70 ff.) zu vertreten, der die Einrede der Anfechtung gleichstellt, der Geltendmachung im Prozeß eine Anspruch vernichtende Kraft zuschreibt und ihre Wirkung auf den Eintritt des Einrederechtes, also ex tunc, zurückbezieht. Demnach muß er, falls die Einrede nicht im Prozeß erfolgte, den zwischenzeitlichen Besitz als schlechtgläubigen ansehen.

[3]) a. a. O. Bd. 1 S. 548, 2.

Digitized by Google

rechts ist eine rein negative". Diesem negativen Inhalt des Leistungsverweigerungsrechts entspricht positiv die Rechtmäßigkeit des Behaltens. Meiner Ansicht — nur nicht ganz zutreffend ausgedrückt — ist Langheineken,[1]) der von der Geltendmachung des Einrederechtes auch außerhalb des Prozesses spricht. Genauer und richtiger wäre es, an Stelle der „Geltendmachung" das Wort „Ausübung" zu setzen. Will man allerdings auch die Ausübung als Geltendmachung i. w. S. bezeichnen — was m. E. unrichtig ist —, so wird diesem Sinne nach die Ansicht Langheinekens mit der meinigen identisch sein. Jedenfalls ist obige Deutung der Ansicht Langheinekens gerechtfertigt, da er später ausführt: „Vielmehr gewinnt in einzelnen Fällen die Ausübung des Einrederechtes materielle Bedeutung unabhängig davon, ob die Verweigerung der Leistung gerichtlich oder außergerichtlich erfolgt." Endlich: wo steht denn im Gesetz, daß die Einrede selbst nur prozessual geltend gemacht werden kann. Es ist doch nicht dasselbe, wenn gesagt wird: „Wenn Klage erhoben wird, mußt du die Einrede z. B. des Zurückbehaltungsrechts, der Verjährung usw. geltend machen, wenn du der Verurteilung entgehen willst", als wenn ich formulieren würde:

„Die Einrede kann nur gerichtlich geltend gemacht werden."

Daher hat m. E. Crome[2]) recht, wenn er ausführt: „Irrig wäre die Annahme, daß die Einrede nur in einem erhobenen Prozeß wirke. So wenig der Anspruch das Dasein eines Prozesses voraussetzt, so wenig tut es die Einrede. Beide haben wesentlich potentielle Bedeutung. Ist der Anspruch die Befugnis, aus gewissen Gründen eine Leistung fordern zu dürfen, so ist die Einrede die Befugnis, die geforderte Leistung aus gewissen anderen Gründen zu verweigern. Dies wirkt innerhalb wie außerhalb des Prozesses, es ist eine materielle Befugnis." Auch Andreae,[3]) der sich gegen diese Ansicht wendet, vermag dieselbe nicht zu entkräften. Ist es denn nicht ein plus für den Berechtigten, eine sonst geschuldete Leistung verweigern zu dürfen? Und weiterhin — behauptet denn wirklich Andreae, daß ein Anspruch nur gerichtlich geltend gemacht werden könnte? Dann möchte ich einmal fragen, weshalb denn der Mahnung so besondere Rechtsfolgen

[1]) a. a. O. S. 341.
[2]) a. a. O. Bd. 1 S. 24.
[3]) a. a. O. S. 24.

Digitized by Google

vom Gesetz zugesprochen werden z. B. bei Behandlung des Schuldnerverzuges. Und will weiter die Unterbrechung der Anspruchsverjährung durch ein Anerkenntnis nichts besagen? Dies alles scheint m. E. doch auch für außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen zu sprechen und von „freiwilligem Sich-fügen" ist auch bei dem infolge Mahnung eintretenden Schuldnerverzug keine Rede. Ebensowenig wie aber der Anspruch nur gerichtlich geltend gemacht werden kann, ebensowenig auch das Einrederecht.

Wenn wir also von Einrede im materiellen Sinne sprechen, so unterstellen wir diesem Begriff den gesamten Tatbestand, der die Einrede ermöglicht, mitsamt den etwa sonst noch aus diesem Tatbestand — und zwar gerade infolge des Leistungsverweigerungsrechtes — sich ergebenden Rechtsfolgen. Da demnach die Einrede sich nicht nur in dem prozessualen Leistungsverweigerungsrecht erschöpft, so muß der Begriff auch außerhalb des Prozesses eine durchaus selbständige Natur haben. Daß die Einrede des materiellen Rechts auch prozessual zur Leistungsverweigerung die genügende Grundlage gibt, ist Folge ihrer durchaus selbständigen materiellrechtlichen Existenz, sie ist m. a. W. nicht auf den Prozeß zugeschnitten, erhält aber auch durch einen Prozeß keinen besonderen Inhalt. Ist nun so die Einrede an sich kein prozessualer Begriff, so ist es darum doch nicht weniger richtig, daß sie gerade im Prozeß ihre volle Bedeutung erlangt.

Es ist demnach m. E. auch durchaus berechtigt — insbesondere um den Standpunkt des Verfassers über den außerprozessualen Begriff Einrede klarzulegen —, die Einrede materieller Natur scharf aus dem Prozeß herauszuheben und als selbständiges Institut auch außerhalb des Prozesses aus dem materiellen Anspruch heraus zu entwickeln.

Diesen Einreden mit materieller Grundlage stehen auf der anderen Seite Einreden, die das Nichtvorhandensein prozessualer Vorbedingungen zum Gegenstand haben, gegenüber. Erstere können,[1]) letztere müssen, um wirksam zu sein, im Rechtsstreit zur Verhandlung gestellt werden, sei es nun — wie die ersteren — stets nur auf Parteibetrieb hin, sei es — wie die letzteren — auch unter Umständen

[1]) Wie ich schon sagte: selbst wenn die materielle Einrede im Prozeß nicht geltend gemacht wird, hat sie doch irgendwelche Wirkung schon gehabt, z. B. jene des gutgläubigen Besitzes bis zum Verzicht auf das Einrederecht.

Digitized by Google

von Amtswegen durch das Gericht. Beide zusammen bilden das Gebiet der Einreden im Prozeß. Dieser Oberbegriff „Einreden im Prozeß" umfaßt also die prozessualen Einreden und die Einwendungen des materiellen Rechts, zu welch letzteren die materiellen Einreden gehören.[1])

Bezüglich der prozessualen Einreden soll von den überhaupt möglichen Fällen zu den speziellen Tatbeständen fortgeschritten werden. Es dürfte zunächst davon auszugehen sein, daß die Einrede einen Widerspruch enthält, der einer voraufgegangenen Behauptung entgegengesetzt wird. Der Kläger hat geklagt — dann kann der Beklagte einredeweise widersprechen, der Kläger antwortet hierauf in einer Replik, der der Beklagte wieder eine Duplik entgegensetzen kann, usw. fort. Unsere Frage ist demnach darauf abzustellen:

Was kann rechtlich behauptet werden, um einen Widerspruch auszulösen?

1. Kläger behauptet ein Recht auf Leistung zu haben;

2. er behauptet ein Recht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde zu haben;

3. er behauptet ein Recht auf Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses zu haben, welche Änderung oder Aufhebung durch richterlichen Urteilsspruch konstitutiv bewirkt werden soll;

4. er behauptet, daß die prozessualen Voraussetzungen sowie diejenigen einzelner Prozeßhandlungen erfüllt seien, so insbesondere, daß er in der gewählten Prozeßart, an dem gewählten Gericht unter den angegebenen Gesichtspunkten zu klagen berechtigt sei.

Die klägerische Behauptung zu 1. entspricht dem prozessualen Anspruchsbegriff. Dieser unterscheidet sich im ersten Falle vom materiellrechtlichen Anspruchsbegriff des § 194 BGB. dadurch, daß er nur die Behauptung der Leistungspflicht des Beklagten enthält oder — wie Crome[2]) sagt — „die tatsächliche Verfolgung der in dem subjektiven Recht enthaltenen Befugnis" bedeutet.

Demgegenüber liegt dem Anspruch auf Feststellung in den unter Nr. 2 angeführten Fällen nicht stets ein Anspruch im materiellen

[1]) Doch umfaßt der Begriff „Einrede im Prozeß" nicht wie bereits gesagt, die totale Wirkung der materiellen Einrede.

[2]) Bd. 1 S. 178 a. a. O.

Digitized by Google

Sinne zugrunde. Ja, über Rechtsverhältnisse, die kein Leistensollen zum Gegenstande haben, welche auch weiterhin nicht auf konstitutive Rechtsänderung durch den Richter abzielen (vgl. oben Ziff. 3), kann nur ein Feststellungsurteil ergehen. Letzteres ist dementsprechend dadurch von dem zu Punkt 1 ergehenden definitiven Urteil verschieden, daß es nie einen Vollstreckungstitel abgeben kann.

Unter Ziff. 3 endlich sind diejenigen Klagebehauptungen zusammengefaßt, die auf ein konstitutives Urteil abzielen, z. B. Ehescheidungsklagen.

In all diesen Fällen sind Widersprüche denkbar, und zwar zunächst einmal die prozessualen — entgegengesetzt der Behauptung unter Nr. 4 —, denn bei allen diesen Klagen ist das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen condicio sine qua non für den Erlaß eines sei es dem Klageantrag materiell entsprechenden, sei es ihn definitiv abweisenden Sachurteils. Zu Nr. 4 gehören aber auch alle diejenigen prozessualen Einreden, die sich auf den Mangel einzelner Prozeßhandlungen stützen, z. B. der ordnungsmäßigen Klageerhebung, der Innehaltung der Einlassungsfrist usw. Während nämlich die Prozeßvoraussetzungen notwendig außerhalb des Handelns der Parteien liegende Tatsachen sind, sind die Mängel der einzelnen Prozeßhandlungen stets nur im Handeln der Partei selbst zu suchen.

Auf dem materiellen Recht beruhende Widersprüche sind in allen obigen Kategorien von 1—3 denkbar und im Normalfall auch stets möglich. Wenn wir jedoch von der Verneinung des Klagegrundes — die ja keine Einrede im Sinne des Prozeßrechts ist,[1]) noch viel weniger aber als Einrede im Sinne des materiellen Rechtes gelten kann — absehen, so gibt es in Wirklichkeit doch noch einzelne Behauptungen, denen gegenüber Einwendungen im technisch-materiellrechtlichen Sinne nicht möglich sind, so z. B. die Behauptung eines Anspruchs aus § 343 BGB.;[2]) es wird hier nämlich das prinzipale Verschulden der Vertragsstrafe zugestanden und nur um eine Ermäßigung nachgesucht, deren Höhe vom Gesetz in das pflichtgemäße Ermessen des Richters gestellt ist, und bei deren Abmessung jedes

[1]) So Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 514 Anm. 26; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 8 § 2 Anm. 1; Crome; Matthiaß S. 280 Anm. 1 u. a.

[2]) Das Moderationsrecht braucht m. E. nicht klageweise, sondern kann auch einredeweise geltend gemacht werden; vgl. im Gesetzestext die Worte „auf Antrag".

Digitized by Google

irgendwie begründete Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen ist, so z. B. auch das, daß dem Schuldner der Vertragsstrafe durch diese ein weiteres Motiv für die rechtzeitige Leistung gesetzt werden sollte. Hiergegen ist logisch nur die eine Einwendung möglich, daß die Vertragsstrafe nicht übermäßig hoch gewesen sei; dies dürfte nur als Klageleugnung anzusehen sein. Demnach sind hier in diesem Falle — abgesehen von rein prozessualen Einreden — nur einfache Klageleugnung, nicht aber sonstige materielle Einwendungen möglich. Zu einem ähnlichen Ergebnis wird man gelangen, wenn durch Feststellungsklage das Bestehen eines Rechtsverhältnisses dem richterlichen Urteil unterworfen und zugleich auf Leistung geklagt wird. Im allgemeinen ist ein solcher Fall begrifflich deswegen undenkbar, weil bei Anstellung einer Feststellungsklage ein besonderes rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung vorliegen muß, welches nicht vorhanden ist, wenn auch ohne die Feststellung die Leistungsklage angestrengt werden kann. Indessen gibt es einen, allerdings sehr bestrittenen [1]) Fall im Bürgerlichen Gesetzbuch, in dem die Leistungsklage ohne vorausgehende bezw. gleichzeitig anzustellende Feststellungsklage gar nicht denkbar ist. Dies ist der Fall der gerichtlichen Geltendmachung der Wandlung bezw. Minderung beim Kauf. Während nämlich außergerichtlich die Wandlung sich als ein Vertrag [2]) darstellt, ist die Wandlungsklage nicht als „ein in Prozeßform gekleidetes Wandlungs- bezw. Minderungsbegehren" aufzufassen, vielmehr als eine Feststellungsklage darüber, ob Wandlung oder Minderung möglich ist.[3]) Mit dieser notwendigen Feststellungsklage kann sofort die Klage auf Wandlung oder Minderung d. h. auf Rückgewähr nach den Regeln des Rücktritts oder auf Preisminderung verbunden werden. Ist dies der Fall, dann gibt es gegen dies Klagebegehren keine Einrede im technischen Sinne mehr.

[1]) vgl. hierüber das weiter unten Gesagte.

[2]) So die herrschende Lehre; vgl. Crome, Endemann, Dernburg, Oertmann, Planck, Windscheid-Kipp, Zitelmann; ebenso Prot. S. 1424, die den § 465 BGB. als einen „deutlichen Fingerzeig über die dem BGB. zugrunde liegende Konstruktion" bezeichnen. Anderer Ansicht Eccius, Fischer-Henle, Matthiaß, die unter Berufung auf denselben § 465 und ferner auf § 462 behaupten, daß das Verlangen der Wandlung eine rein einseitige Erklärung des Käufers sei.

[3]) So Crome a. a. O. Bd. 2 S. 460 Anm. 12; a. A. Dernburg II S. 58 Anm. 13; vgl. auch die spätere eingehendere Erörterung über diesen Punkt.

Digitized by Google

Die Rechtslage entspricht dann ungefähr der prozessualen Situation, wenn über Grund und Betrag Streit herrschte und über den Grund vorab durch Zwischenurteil entschieden war. Der Höhe der Betragsforderung gegenüber gibt es materiellrechtlich nur noch die einfache Klageleugnung.

Möglicherweise gibt es also Klagebehauptungen, bei welchen von Einwendungen materieller Natur nicht die Rede sein kann, wenn auch prozessuale Einreden ungehindert vorgebracht werden können. Letztere Einreden werden – wie ich bereits sagte — in zwei Kategorien zu trennen sein, denen beiden das eine gemeinsam ist, daß sie bei jedem Prozeßfalle theoretisch möglicherweise vorkommen können. Wir unterscheiden den Mangel

1. der Prozeßvoraussetzungen und
2. der Voraussetzungen für einzelne Prozeßhandlungen.

Für erstere gilt der Satz, daß sie das materielle Bestehen des Anspruchs stets unentschieden sein lassen und beim Vorhandensein des Mangels zu einer Abweisung angebrachtermaßen führen, während die Einrede der Mängel einzelner Prozeß*handlungen* die verschiedensten Rechtsfolgen zu zeitigen in der Lage ist, vorüber im späteren noch besonders die Rede sein wird.

Eine besondere Stellung nehmen wiederum die Einreden ein welche kraft Gesetzes (ZPO. § 256) gegen die Feststellungsklage erhoben werden können. Die Feststellungsklage geht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Gegen diese Klage wäre nun — allgemein betrachtet — die Einwendung möglich: Es ist kein *rechtliches Interesse* an der *alsbaldigen* Feststellung vorhanden, so z. B. die Leistungsklage ist möglich, ohne daß notwendigerweise die Feststellungsklage vorausgehen müßte (vgl. oben). Es wird des späteren zu untersuchen sein, ob dieser sich materiell gebärdende Einwand im Prozeß als Klageleugnung oder als Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung anzusehen ist oder unter keinen dieser Begriffe fällt.

Wir haben demnach in diesem Teile unserer Abhandlung zu untersuchen: Die materiellrechtliche Einrede ihrem Inhalte nach und in ihren Wirkungen bei außerprozessualer und prozessualer Ausübung, sodann in Gegensatz dazu zu bringen die rein prozessuale Einrede, die

Digitized by Google

entweder auf dem Mangel von Prozeßvoraussetzungen oder dem Mangel einzelner Prozeßhandlungen beruht.

Die materiellrechtliche Einrede.

Zunächst ist hier eine Erörterung der allgemeinen Begriffe: subjektives Recht und Anspruch, Gegenrecht, Einwendung und Einrede vorauszuschicken. Es wird sich aus ihr die systematische Stellung der materiellen Einrede unter diesen Begriffen ergeben, gleichzeitig aber soll sie auch eine Grundlage bilden, auf der die materielle Einrede nach Inhalt und Wirkung weiter zu entwickeln sein wird.

Das subjektive Recht, welches die Basis des materiellen Anspruchs bildet, wird von Windscheid[1]) als „die von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft konkreten Inhalts", von Ihering[2]) als das „rechtlich geschützte Interesse" definiert. Crome[3]) bezeichnet es als den „Inbegriff der Rechtsverhältnisse, in denen wir stehen, und der Befugnisse, die sich für uns daraus ergeben". Wir sehen: während die Windscheidsche Definition die prinzipale Bedeutnng auf die Rechtsordnung und die erst durch diese geschaffene Willensmacht legt und Ihering das Interesse (= Genießen), welches rechtlichen Schutz habe, an die Spitze stellt, strebt Crome richtigerweise eine Verbindung beider Theorien an. Die gleiche Ansicht vertritt schon Bekker[4]) in seiner knappen, aber umfassenden Ausführung: „Die einzelnen Theoretiker greifen dieselbe Sache von verschiedenen Seiten an und kommen zu Bildern, die — zumal wenn sie knapp formuliert sind — auf verschiedene Dinge zu deuten scheinen: ‚Willensmacht', ‚rechtlich geschütztes Interesse', ‚Normenschutz', ‚ein Spruch der Rechtsordnung, der dem Individuum zu eigen gegeben'. Alle diese besitzen eine relative, keine Formel die erschöpfende Wahrheit. Richtig verstanden scheinen sie nicht unvereinbar: Ein vernünftiges (objektives) Recht wird mit jedem (subjektiven) Recht, das es statuiert, einen angemessenen Interesseschutz bezwecken. Aber

[1]) Pand. Bd. 1 S. 91.
[2]) Geist des röm. Rechts III §§ 60/61.
[3]) System Bd. 1 S. 64.
[4]) Pand. Bd. 1 Beilage I zu § 18 S. 49.

Digitized by Google

der Staat kann den Interesseschutz auch auf andere Weise durchführen, und man wird also versucht, die Definition dahin zu vervollständigen: Interesseschutz, der eine Willensmacht des Geschützten begründet"

An der Schaffung des subjektiven Rechts sind zwei Zentren — wenn ich mich so ausdrücken darf — beteiligt. Zunächst einmal

1. der Staatswille, durch Gewährung von Normen, Ansprüchen und Zwangsbefugnissen, und

2. die Privatperson durch das Sein in dem dem Rechte entsprechenden Zustand bezw. durch ihren Willen sich in denselben zu setzen.

Die Sachlage ist m. E. so zu denken, daß der Staatswille den als schutzwürdig erkannten Interessen der Einzelnen Rechtsschutz angedeihen läßt, es dem einzelnen aber anheimstellt, ob er von diesem Schutz Gebrauch machen will — mit anderen Worten: Der Staat gibt Befugnisse, in gewisser Weise zu handeln, aber nur für den Fall, daß ein dem Rechte nicht entsprechender Zustand besteht.

Kurz sei hier erwähnt, daß der gegen die Iheringsche Theorie gemachte Einwand: Das Interesse sei Zweck, nicht Gegenstand des Rechtes, m. E. unrichtig ist. Das ruhige Genießen der Lebensgüter wird gewährleistet, und zwar in der Art, daß der Staat dem Beteiligten die Mittel an die Hand gibt, fremden Eingriffen entgegeniutreten. — Da nun die Existenz der Lebensgüter an sich nicht Grundlage des Rechts sein kann, muß es die Privatperson sein, die in irgend einem Verhältnisse zu diesen Lebensgütern steht. Dies geht schon aus dem einfachen Gedanken hervor, daß die Lebensgüter nur so weit in Betracht kommen, als sie entweder

a) in der Nutzung jemandes stehen, oder

b) von jemandem in Benutzung genommen werden können.

Weiterhin aber ist nun nicht der Wille der Privatperson als Träger des subjektiven Rechts aufzufassen, denn auch der Nicht-Willensfähige, dem ein Vertreter nicht bestellt ist, ist Träger von subjektiven Rechten. Auch ist, wenn das Recht als Wollendürfen anzusehen wäre, die Annahme von Persönlichkeitsrechten, deren eines — das Namensrecht — doch als absolutes Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt wird (es wird durch die actio negatoria geschützt

Digitized by Google

§ 12 BGB.), sehr erschwert.[1]) Das gleiche gilt bezüglich der Familienrechte.

Da wir nun bei der Definition des subjektiven Rechts die Privatperson nicht ausschalten dürfen, wir auch auf deren Willen — wie oben gesagt — nicht abstellen können, bleibt uns nichts anderes übrig, als auf das „Haben": „einen juristischen Tatbestand des Verhältnisses zwischen der Privatperson und den Lebensgütern" den Nachdruck zu legen. Daß eben das Bürgerliche Gesetzbuch das Genießen der Lebensgüter als Inhalt des Rechts anerkennt, geht m. E. klar und deutlich aus § 903 BGB. hervor: „Der Eigentümer einer Sache kann . . . .

1. mit der Sache nach Belieben verfahren und
2. andere von jeder Einwirkung ausschließen."

Der Inhalt des Eigentumsrechtes besteht also in der Befugnis, die Sache in allen ihren Beziehungen zu nutzen und über sie in jeder wirtschaftlichen Hinsicht zu verfügen. Das subjektive Recht umfaßt also nicht nur den Anspruch auf Rechtsschutz, sondern auch das schutzwerte Interesse.

Aus diesem subjektiven Recht entwickelt sich nun der **Begriff des Anspruchs**[2]) als des „Rechts, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen" (BGB. § 194). Ich sage „entwickelt sich", denn Recht und Anspruch sind nicht identisch. Dies wird sofort klar, wenn wir uns ein dingliches Recht, z. B. das Eigentum denken. Die Verletzung des Eigentums erzeugt einen Anspruch, nicht aber ist das Eigentum an sich ein Anspruch. Im allgemeinen entspricht dem obligatorischen Rechte der Anspruch, aber auch hier sind nach Crome[3]) „Rechtsverhältnis und Anspruch nicht ganz identisch. Denn ist das Schuldverhältnis bedingt oder betagt, so existiert zwar die Forderung, aber noch kein Anspruch". Der Anspruch ist auch kein essentiale des Rechts, denn es gibt subjektive Rechte, die keinen Anspruch gewähren, z. B. Aufrechnung, Anfechtung.

Dernburg definiert den Anspruch als „die materiellrechtliche Befugnis, ein Recht auf eine Leistung durch Klage zu erzwingen, also das materielle Recht zur Klage auf eine Leistung". Er geht davon

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 105.

[2]) vgl. Crome a. a. O. I S. 178; Endemann a. a. O. I § 7; Cosack a. a. O. I § 74 IV.

[3]) a. a. O Bd. 1 S. 181 Note 11.

Digitized by Google

aus, daß unter „verlangen" im allgemeinen das Recht verstanden werden müßte, etwas im Wege der Klage fordern zu dürfen; er folgert dies aus der Geschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[1]) Ebenso Crome,[2]) der klaglose Ansprüche nicht kennt. Wir schließen uns dieser Auffassung als zutreffend an, allerdings mit der von Endemann[3]) angeführten näheren Ausführung, daß dort, wo das Bürgerliche Gesetzbuch von Klageberechtigung spricht — §§ 1418, 1468, 1566, 1576 — ein Anspruch im Sinne des materiellen Rechts nicht vorliegt. Doch ist — wie ich bereits oben ausführte — die Wirkung des Anspruchs im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht durch die Klageerhebung erschöpft, vielmehr hat derselbe auch außerhalb des Prozesses seine selbständige Bedeutung.

Es ist kurz die Frage zu streifen, ob es bedingte, betagte und befristete Ansprüche gibt. Langheineken[4]) unterscheidet hier zwischen der Verpflichtung zur Leistung schlechthin und dem sogen. „fälligen Anspruch". Den nichtfälligen läßt er einen Anspruch sein, bei dem der Schuldner „zwar gegenwärtig verpflichtet ist, aber nicht verpflichtet ist zu gegenwärtiger sofortiger Leistung". Langheineken erkennt also bedingte und betagte Ansprüche an. Demgegenüber sagt Crome[5]): „Der Anspruch besteht immer darin, im Augenblicke eine Leistung von einer gewissen Person verlangen zu können." Auch Endemann[6]) läßt den Anspruch erst mit Eintritt der Bedingung resp. des Anfangstermins entstehen, macht bei dieser Gelegenheit aber eine Unterscheidung, der auch ich zustimme; er sagt: „Anspruch bedeutet nicht die Befugnis zur gegenwärtigen Ausübung eines Rechts. Voraussetzung seiner Entstehung bildet, daß das Forderungsrecht endgültig begründet ist. Hier ist zwar erforderlich, daß die aufschiebende Bedingung und der Anfangstermin erfüllt sind: Die bloße Hemmung der Geltendmachung des Leistungsbegehrens durch Stundung oder sonstige aufschiebende Einrede hindert dagegen die Entstehung des Anspruchs nicht.[7]) Es genügt

[1]) S. 107 Anm. 6.
[2]) Bd. 1 S. 350 unter 1a.
[3]) Bd. 1 S. 451 Anm. 6.
[4]) „Anspruch u. Einrede" S. 21.
[5]) Ebenso Cosack Bd. 1 § 74 S. 264; ferner Hellwig u. Planck.
[6]) a. a. O. Bd. 1 S. 543 unter 3.
[7]) vgl. hierzu auch Crome a. a. O. Bd. 1 S. 509 ff., insbesondere 510 unten.

Digitized by Google

m. E. zum Begriff des Anspruchs, daß „das Forderungsrechts endgültig begründet" ist, in dem Augenblick ist der Anspruch entstanden, vgl. § 202 BGB.

Die Gegenrechte[1]) unterstehen dem Begriff der subjektiven Rechte.[2]) Gerade an ihnen bewahrheitet sich der bereits oben ausgesprochene Grundsatz, daß nicht jedes subjektive Recht einen Anspruch erzeugt. Im Gegenteil — die hierunter zu subsumierenden Rechte lassen gar keinen Anspruch zur Entstehung gelangen.[3]) Wie schon der Name sagt, sind die Gegenrechte von dem Bestehen eines anderen Rechts — vielleicht besser einer anderen Rechtswirkung — abhängig. Sie zerfallen in drei Kategorien:

1. diejenigen, durch welche die erste Rechtswirkung vernichtet wird, z. B. Anfechtung,
2. diejenigen, durch welche sie aufgehoben wird, z. B. Aufrechnung;
3. subsumiert man unter den Begriff der Gegenrechte hergebrachtermaßen auch die Einreden. Ob dies so ganz richtig ist, mag die nachfolgende Abhandlung etwas näher erörtern.

Zunächst scheint es mir klar zu sein, daß die unter Ziff. 1 u. 2 untergebrachten Gegenrechte aggressiver Natur sind. Sie vernichten, sie heben die Rechtswirkung auf durch angriffsweises Vorgehen von Seiten des aus ihnen Berechtigten. Andererseits sind die Einreden rein defensiver Natur. Hierauf deutet auch schon ihr Name. Vgl. auch Friedenthal S. 71: „Ihre besondere, aus ihrem Wesen sich er-

---

[1]) Zur Terminologie des Begriffes „Gegenrecht" vgl. Friedenthal a. a. O. S. 9, 10. Man hat für diese Rechte in neuerer Zeit verschiedene Bezeichnungen gebraucht, so „Abwehrrechte", „Schutzrechte", „reaktionsunfähige Rechte" u. a. Insbesondere sei an dieser Stelle Bekkers Begriff der „negativen Rechte" erwähnt, der gerade theoretisch die Sachlage klar kennzeichnet. Bekker versteht unter ihnen „solche Rechte, deren Wirkung sich darauf beschränkt, die Wirkung anderer (positiver) Rechte zu brechen, und zwar entweder sie nur zu hemmen oder sie aufzuheben". Das Nähere vgl. in seinen Pand. Bd. 1 S. 89/90 § 28.

[2]) Dies ist zwar bestritten, läßt sich aber nach unserer voraufgegangenen Definition durchaus rechtfertigen, im Gegensatz zu den Protokollen, die z. B. das Anfechtungsrecht nicht als subjektives Recht anerkennen. Meiner Ansicht Crome Bd. 1 S. 177; ferner Endemann, Leonhard, Zitelmann (Rechte des rechtlichen Könnens); anderer Ansicht Thon, Geier (insbes. a. a. O. S. 44); Staffel a. a. O. S. 670.

[3]) So auch Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 511 Anm. 15.

Digitized by Google

gebende Eigentümlichkeit besteht darin, daß der Einredeberechtigte nicht selbständig vorgehen, sondern sein Recht nur geltend machen kann, wenn der Anspruch, dem dieses Recht entgegensteht, verfolgt wird, da sein Recht sich eben in der Möglichkeit der Verweigerung der Leistung erschöpft."

Sehen wir uns zunächst die bekannten Gegenrechte i. e. S. (d. h. diejenigen aggressiver Natur) an: Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt von einem Vertrag, Rückforderung, Kündigung und meines Erachtens alle diejenigen Fälle, bei denen eine facultas alternativa in Betracht kommt, d. h. wo jemand verpflichtet ist, eine Leistung zu bewirken, sich aber durch die Leistung einer anderen Sache oder eines anderen Rechts befreien kann. Derartige Fälle führt das BGB. in den §§ 251 Abs. 2, 528 Satz 2, 997 Abs. 2, 1001, 1992, 2329 Abs. 2 usw. an. Zu diesen facultates alternativae gehört m. E. auch die Aufrechnung, welche ich bereits oben als selbständiges Gegenrecht verzeichnet habe. Denn das Aufrechnungsrecht ist die dem Schuldner vom Gesetzgeber generell gewährte Befugnis, an Stelle der zu machenden Leistung dem Gläubiger die Befreiung von einer Verbindlichkeit zu gewähren und dadurch das erste Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen. Zu bemerken ist hier nebenbei, daß bezüglich der Aufrechnung der Gesetzgeber von der allgemeinen Lehre, daß Obligationen kraft Parteiwillens nur durch Verträge (z. B. Erlaßverträge) aufgehoben werden können, abgewichen ist

Wir unterscheiden nunmehr, nachdem wir die einzelnen Gegenrechte angeführt haben, in ihnen mehrere verschiedene Gruppen, welche m. E. unter folgende Gesichtspunkte unterzubringen sind: während die eben genannte Dreiteilung der Gegenrechte im allgemeinen sich auf das Verhältnis der Ausübung des Gegenrechts zur ersten Rechtswirkung gründet, können wir jetzt die Gegenrechte von innen heraus näher erläutern. Es ist darauf abzustellen, ob die erste Rechtswirkung bereits eingetreten ist oder nicht. Hiernach unterscheiden wir:

1. Sie ist noch nicht eingetreten, d. h. es ist der dem ersten bestehenden subjektiven Rechte entsprechende Zustand — meinetwegen durch Leistung — noch nicht vorhanden. Hier haben wir zwei Arten der möglichen Wirkung der Gegenrechte

a) facultas alternativa,

b) Rücktritt.

Digitized by Google

2. Die Rechtswirkung ist eingetreten. Hier ist möglich
   a) Rückforderung des Geleisteten nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung,
   b) Rückforderung des Geleisteten gegen Leistung eines anderen Gegenstandes (Beispiel: Wiederkauf zum Schätzungswerte).
   c) Der aus dem Gegenrecht Berechtigte fordert ein aliud, ist aber seinerseits zur Rückgabe des ihm Geleisteten verpflichtet (Surrogationsprinzip).

Diese Gegenrechte haben nun alle die Eigentümlichkeit, daß sie, um in Rechtswirksamkeit zu treten, geltend gemacht, d. h. erklärt werden müssen, sei es ausdrücklich (z. B. Anfechtung oder Aufrechnung), sei es durch konkludente Handlungen, wie z. B. bei den sonstigen facultates alternativae (durch Leistung). Hierzu vergleiche auch Endemann, vor allem S. 512 Anm. 18: „Die Gegenrechte sind zunächst latente Rechte, sie müssen erst in Wirkung gesetzt werden; man kann hier von einer Berufungs- oder Provokationslast sprechen."

Sind nun diese Gegenrechte (i. e. S.) stets aggressiv geltend zu machen, so tritt hier ein Unterschied zwischen ihnen und den Einreden ziemlich scharf hervor. Solange nämlich der der Einrede entsprechende Zustand besteht, hat der Einredeberechtigte gar keine Veranlassung, irgendwie die Einrede geltend zu machen. Warum auch? Beatus possidens! Derjenige, der die Rechtsänderung erstrebt, muß hier den Anfang machen. Er wird allerdings durch sein aggressives Vorgehen seinen Gegner zwingen, die letzterem zustehende Einrede seinerseits geltend zu machen, widrigenfalls der Kläger mit seiner Klage durchdringt.

Wenn wir nun als das Typische der Gegenrechte ansehen, daß sie unter allen Umständen geltend gemacht werden müssen, um eine Wirkung zu erzielen, so können wir die Einrede diesem Hauptbegriff nicht unterordnen. Denn auch ohne deren Geltendmachung, ohne aktives Handeln von seiten des Einredeberechtigten, hat die Einrede ihre Wirkung, vorausgesetzt, daß der der Einrede entsprechende Zustand besteht, und das ist eben hier bei der Einrede auch möglich, während bei den (sonstigen) Gegenrechten dies nicht der Fall ist. Legt man aber den Hauptton nicht auf die Geltendmachung, dann ist m. E. die erste Klassifizierung, die wir gaben, die richtige. Hier systematisch falsch

Digitized by Google

Crome, der die erste Dreiteilung gibt, aber hinzusetzt[1]): „Das Gegenrecht kommt nur in Betracht, wenn es geltend gemacht wird." Er selbst verbessert sich an einer anderen Stelle[2]) in dem von mir angegebenen Sinne. Es ist nun gleichgültig, ob wir die Einreden als Unterabteilung unter die Gegenrechte bringen, oder ob wir sie in Gegensatz zu ihnen setzen. Das Gegensätzliche beruht eben in der defensiven Stellung der Einrede gegenüber der agressiven Stellung der Gegenrechte. So — wie schon gesagt — Friedenthal,[3]) der Gegenrechte und Einreden dadurch unterscheidet, daß er die Gegenrechte als „anspruchsvernichtende" Faktoren, die Einreden als „Leistungsverweigerungsrechte" bezeichnet. Das aber, was allen Gegenrechten und Einreden gemeinsam ist, ist:

1. daß es subjektive Rechte sind;

2. daß nur die Ausübung (und wir haben gesehen, daß das „Genießen" des dem Einrederecht entsprechenden Zustandes Ausübung ist, während Gegenrechte nur durch ihre ausdrückliche Geltendmachung ausgeübt werden können) erst dem Gegenrecht bezw. der Einrede tatsächlichen Inhalt gibt,

3. daß auf die Einreden und Gegenrechte wirksam verzichten werden kann;[4])

4. daß ein „Sich-Verschweigen" bei diesen Rechten zum Verluste führt, doch ist wohlgemerkt es nicht als ein „Sich-Verschweigen", sondern als ein Bejahen des Einrederechtes aufzufassen, wenn der dem Einrederecht entsprechende Zustand da ist.

Wegen all dieser gemeinsamen Eigenschaften dürfte es sich empfehlen, die Einrede als Unterabteilung dem Oberbegriff der Gegenrechte zu unterstellen.

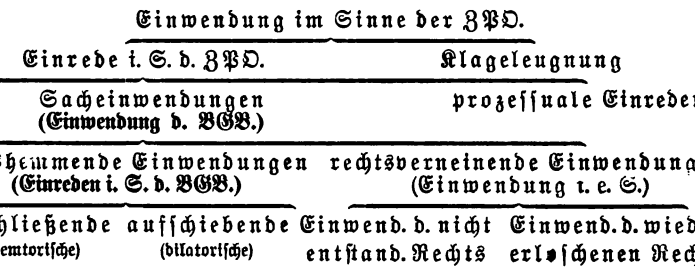
Bei diesen Gegenrechten (einschließlich Einreden) besteht also vorher ein Rechtsverhältnis, das eben durch Ausübung der Gegenrechte vernichtet bezw. aufgehoben bezw. dessen Erfüllung infolge eines Gegenrechts auf Zeit oder für immer verweigert werden kann. Ähnlich auch Endemann,[5]) der allerdings Ziff. 1 und 2 unserer erstgenannten

[1]) System Bd. 1 S. 177.
[2]) System Bd. 1 S. 184, insbes. Anm. 6.
[3]) a. a. O. S. 62.
[4]) So Crome a. a. O.; Endemann S. 512, 1; Friedenthal S. 71.
[5]) a. a. O. Bd. 1 S. 512.

Digitized by Google

Aufstellung zusammenzieht: „Das Gegenrecht stützt sich auf einen selbständigen materiellrechtlichen Tatbestand, der gegen die Wirksamkeit eines Rechtes oder Anspruchs gerichtet ist, ohne daß jedoch die gültige Entstehung und die bisherige Rechtsbeständigkeit dieser bestritten würde; es tritt vielmehr ihnen von außen her gegenüber und erstrebt eine von jetzt ab wirkende Vernichtung oder Abwehr."

Subsumieren wir nun die Einreden unter die Gegenrechte, so fragt es sich, ob wir auch die (sonstigen) Einwendungen des BGB. als Gegenrechte anzusehen haben. Es ist hier das Verhältnis zwischen der materiellrechtlichen Einrede und Einwendung kurz zu untersuchen. Zur Verdeutlichung dient am besten das nachfolgende Schema:



Die verschiedene Bedeutung der Ausdrücke Einwendung und Einrede beruht auf dem Gegensatze zwischen Nichtexistenz des Anspruchs und Gehemmtsein des vorhandenen Anspruchs durch Einrede. Vgl. Langheineken[1]): „.... in dem Sinne, daß Einwendung (i. w. S.) beide Tatbestände umfaßt, also den weiteren Begriff, die Einrede den engeren Begriff vorstellt." Während die Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sich nicht gegen den Anspruch als solchen, sondern nur gegen dessen Geltendmachung richtet, bestreiten die sonstigen Einwendungen (Einwendung i. e. S.) den Anspruch selbst, indem sie behaupten, daß der Anspruch entweder überhaupt nicht entstanden sei, oder daß der zwar entstandene wieder erloschen sei. Nun haben wir aber auch bereits gesehen, daß die Gegenrechte, soweit sie aggressiver Natur sind, auf Vernichtung bezw. Aufhebung der einmal entstandenen Rechtswirkung abzielen. Daß daher die rechtsverneinenden Einwendungen des nicht entstandenen Rechts nicht zu den Gegenrechten gehören können, ist ohne weiteres klar — sie lassen ja

[1]) a. a. O. S. 47.

Digitized by Google

das Rechtsverhältnis gar nicht zur Entstehung gelangen. Aber auch die Einwendungen des wiedererloschenen Rechts sind nicht Gegenrechte, denn der Einwand des wiedererloschenen Rechts stützt sich nicht auf eine Anomalie[1]) des Tatbestandes, vielmehr stützt er sich auf Erlöschungsgründe, die das einmal entstandene Rechtsverhältnis typisch mit sich bringt, die als solche in dem subjektiven Recht selbst liegen, z. B. Erlaß, Leistung.

Daher sind die rechtsverneinenden Einwendungen scharf von den Gegenrechten und insbesondere von den Einreden zu trennen. Das Gemeinsame bei beiden Rechtsinstituten ist nur, daß im Prozeß der Beklagte ihre Existenz beweisen muß.

Eine weitere Frage, deren Entscheidung für uns von Wichtigkeit ist, ist die nach der Möglichkeit der **rechtsvernichtenden Einwendungen** und ihrer eventuellen juristischen Konstruktion. Die rechtsvernichtenden Einwendungen lassen durch ihre Geltendmachung den einmal entstandenen Anspruch ohne weiteres zugrunde gehen. Sie unterscheiden sich von den rechtsverneinenden Einwendungen, insbesondere denen des erloschenen Rechts, dadurch, daß sich die letzteren auf einen außerhalb der Einwendung selbst liegenden Tatbestand als Erlöschungsgrund stützen, während die rechtsvernichtende Einwendung sagt: weil eingewandt wird, deshalb geht das Recht und zugleich der Anspruch unter. Ich möchte hiermit sagen, daß der der rechtsverneinenden Einwendung unterliegende Tatbestand an sich eine Wirkung auf die Obligation ausübt, während bei der rechtsvernichtenden Einwendung eben erst das Einwenden die rechtsvernichtende Tatsache bedeutet. Weiterhin sind die rechtsverneinenden Einwendungen normale Erlöschungsgründe, während die rechtsvernichtenden stets anomaler Natur sein müssen. Dies folgt schon daraus, daß die Schuldverhältnisse normalerweise auf ein Leisten abzielen und es anomal ist, wenn nun das einmal entstandene Recht ohne Leistung und ohne Vertrag der Parteien durch einen einseitig erhobenen Einwand untergehen soll. Die rechtsvernichtenden Einwendungen würden daher m. E. unter den Gegenrechten bei denjenigen

[1]) vgl. hierzu insbes. Crome a. a. O. Bd. 1 S. 176: „Zuweilen aber wird die Rechtswirkung nicht schlechthin verneint, sondern nur unter der Voraussetzung, daß sich bestimmte Personen auf die Anomalie berufen."

Digitized by Google

aufzuzählen sein, welche die einmal eingetretene Rechtswirkung wieder aufheben. Sie können also niemals Einreden im technischen Sinne sein, ebensowenig aber auch Einwendungen i. e. S. — denn letztere sind ja, wie ich bereits sagte, überhaupt nicht zu den Gegenrechten zu zählen. Die rechtsvernichtenden Einwendungen nähern sich vielmehr den Anfechtungs- und Rücktrittsrechten.

Gibt es nun solche rechtsvernichtenden Einwendungen im Bürgerlichen Gesetzbuch? In Betracht kommen hauptsächlich die §§ 343 und 655. Auf Antrag des Schuldners kann eine übermäßig hohe Vertragsstrafe, ein unverhältnismäßiger Mäklerlohn durch richterliches Urteil ermäßigt werden. Daß der Antrag des Schuldners einredeweise im Prozeß erfolgen kann, ist wohl unzweifelhaft. Die Konstruktion ist dann folgende: Die Einwendung des Schuldners im Prozeß ist bereits der Tatbestand, an den die Moderation einer übermäßig hohen Vertragsstrafe oder eines solchen Mäklerlohns geknüpft ist. Der Richter kann nur den Eintritt dieser Wirkung aussprechen (deklaratorisch). — Es ließe sich aber auch eine andere zweite Konstruktion denken, die den Begriff der rechtsvernichtenden Einwendung umstößt: Das Moderationsrecht steht dem Richter zu — es tritt jedoch nur in Erscheinung, falls der Schuldner sich auf dasselbe berufen hat. (Folge: konstitutives Urteil.)

Welche von beiden Konstruktionen den Vorzug verdient und ob wir demnach den Begriff der rechtsvernichtenden Einwendungen festhalten dürfen, ist hier nicht zu untersuchen.

Wenden wir uns nunmehr nach der erfolgten äußeren Abgrenzung des Begriffes der materiellrechtlichen Einrede von verwandten Rechtsinstituten zur **inneren Struktur** desselben! Es springt uns hier zunächst der Unterschied zwischen ausschließenden und aufschiebenden Einreden in die Augen. Wir finden diese Einteilung bereits bei der exceptio des römischen Rechts. Hier trennte man zwischen exceptiones peremptoriae (perpetuae) und exceptiones dilatoriae (temporales), je nachdem der Verteidigungsgrund der klägerischen actio dauernd oder nur vorübergehend entgegenstand. Das gemeine Recht hat an dieser

Digitized by Google

Unterscheidung festgehalten, und auch im Bürgerlichen Gesetzbuche finden wir sie wieder, wenngleich die Ausdrücke peremtorisch und dilatorisch gefallen sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht von dem „Recht, die Leistung vorübergehend zu verweigern" (z. B. § 202 Abs. 1) oder schlechthin von dem „Recht, die Leistung zu verweigern" (so § 222 I) bezw. von einer „Einrede, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen ist" (z. B. §§ 813, 886, 1169 u. 1254). Für die erstere Kategorie gebraucht das Gesetz auch den Ausdruck „aufschiebende Einreden" (so vor § 2014 als Überschrift).

Man hat im Anschluß an die römisch- und gemeinrechtliche Ausdrucksweise von peremtorischen und dilatorischen Einreden entsprechende deutsche Bezeichnungen für die Einrede des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu finden gesucht, und zwar teils durch einfache Übersetzung, teils durch nähere Bezeichnung ihres Inhalts. So heißen in der Literatur die peremtorischen Einreden auch „ausschließende",[1]) „dauernde",[2]) „abschneidende", „standhafte",[3]) „zerstörliche",[4]) „anspruchszerstörende",[5]) „rechtszerstörende"[6], während die dilatorischen als „aufschiebende"[7]), „vorübergehende"[8]), verzögerliche"[9]), „verzögernde"[10]), „zeitliche", „anspruchhemmende",[11]) bezeichnet werden. Dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend und am meisten an den Gesetzestext anlehnend, dürften die Ausdrücke „ausschließende" und „aufschiebende" Einrede sein, weshalb auch ich mich ihrer im folgenden bediene.

Eine Aufzählung der einzelnen Einreden insgesamt ist im Bürgerlichen Gesetzbuche nirgend erschöpfend erfolgt, nur die aufschiebenden haben eine umfassende Aufzeichnung im § 202 BGB. gefunden.[12])

---

[1]) So Crome, Friedenthal, Enneccerus, Matthiaß u. a.
[2]) So Zitelmann.
[3]) So Hellmann.
[4]) So Enneccerus-Lehmann.
[5]) So Endemann.
[6]) So Cosack.
[7]) So das BGB. selbst vor 2014. Seiner Ausdrucksweise folgend Crome, Friedenthal, Cosack, Matthiaß.
[8]) So Zitelmann, Hölder.
[9]) Enneccerus-Lehmann, Leonhard.
[10]) Mot. Bd. 1 S. 313.
[11]) So Endemann.
[12]) vgl. Crome I S. 184; Friedenthal; a. A. Langheineken.

Digitized by Google

Die ausschließenden Einreden müßten aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch einzeln zusammengestellt werden, doch hat eine solche Zusammenstellung wenig praktischen Wert. Es läßt sich eine Unterscheidung zwischen primären und sekundären Fällen der ausschließenden Einrede machen, wie dies Endemann[1]) tut. Zu den ersteren gehört z. B. die Einrede der Verjährung (§ 222 BGB.), die Kompetenzeinrede aus § 519 BGB., die sog. Erschöpfungseinrede aus 1973 BGB. u. a. m., während die sekundären Fälle solche peremtorischen Einreden sind, die nach Verjährung resp. Ausschluß eines Anspruchs als mindere Wirkung desselben übrig bleiben. Auf diese letzteren Fälle soll später näher eingegangen werden. — Eine besondere Stellung unter den ausschließenden Einreden nimmt die Einrede der Verjährung ein; vgl. hierzu u. a. die §§ 222 II, 390 Satz 2, 813 I, 1169 u. 1254 in Verbindung mit 223 I.

Es erhebt sich nun die Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch auch die ausschließende Einrede erschöpfend behandelt hat, dergestalt, daß z. B. die im bürgerlichen Recht nicht nachweisbare exceptio doli generalis undenkbar sei. Daß die Parteien auch heute noch ein pactum de non petendo abschließen und dadurch dem Schuldner die Möglichkeit einer aufschiebenden oder ausschließenden Einrede gewährt werden kann, scheint mir nicht zweifelhaft zu sein.[2]) Durch Parteivereinbarung wäre also die exceptio doli (allerdings specialis) als ausschließende Einrede möglich. Ist aber auch ohne Parteivereinbarung eine allgemeine exceptio doli ipso jure gegeben? Hierfür spricht, wie Crome[3]) richtig bemerkt hat, die allgemeine Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuches, den dolus möglichst zu fassen, wo immer er auftritt. Es gibt nämlich Fälle, so insbesondere diejenigen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte, wo ein arglistiges Handeln, wenn nicht die exceptio doli gewährt würde, den Schuldner zu Leistungen zwingen könnte, welche ihm sonst nicht obliegen. Ein Beispiel ist der Fall des verkappten (fiduziarischen) Prokura-Indossaments. Der vorletzte Indossatar hat mit dem X — einem seiner Vormänner — ein pactum de non petendo abgeschlossen. Er indossiert per procuram

[1]) a. a. O. Bd. 1 S. 516 Anm. 33.

[2]) Dafür Crome a. a. O.; Planck zu § 397 Anm. 2, dagegen Endemann S. 516 Anm. 33b.

[3]) a. a. O. Bd. 1 S. 188.

Digitized by Google

an jemanden weiter, ohne eine dahingehende Bezeichnung in das Indossament aufzunehmen. Dies ist ein fiduziarisches Rechtsgeschäft — nach außen hin ist der Inkassomandatar Gläubiger, im Innenverhältnis ist er nur Beauftragter. Der Unterschied zwischen fiduziarischem Rechtsgeschäft und Scheingeschäft besteht nun darin, daß bei dem Scheingeschäft die Rechtswirkung nicht eintritt — das Geschäft ist nichtig —, während bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft das Geschäft durchaus gültig, die Rechtswirkung an sich eingetreten ist. Gäbe es nun keine allgemeine exceptio doli, so würde in diesem Falle X auf jeden Fall die Schuld bezahlen müssen, denn der Beweis allein, daß der letzte Indossatar nur Inkassomandatar sei, würde den X noch lange nicht berechtigen, die Leistung an ihn zu verweigern. Das ergibt sich als selbstverständliche Folge aus dem Wesen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Nach außen hin ist das Geschäft durchaus wirksam und der Beauftragte Gläubiger.

Des weiteren gibt es doch auch heute noch eine Unzahl von Fällen, bei denen der römische Satz: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" Anwendung finden müßte; vgl. l. 8 D. de doli mali exceptione 44, 4 sowie l. 7 pr. und § 1 eod.[1]) In einem solchen Falle nun die exceptio doli nicht zuzulassen, würde m. E. zunächst eine Verschwendung wirtschaftlicher Kräfte bedeuten, dann aber auch der Regelung in § 812 Abs. 2 BGB. widersprechen, dessen analoge Anwendung hier gerechtfertigt erscheint. Ich denke mir die Sachlage so, daß bei dem abstrakten Schuldanerkenntnis, das auf einer ungenügenden causa, z. B. einem ungültigen Vertrage basiert ist, zunächst das Geschuldete geleistet werden müßte, dann aber durch diese Leistung

[1]) Die Konstruktion letzterer Stellen, welche vielfach auf Schwierigkeiten stieß, soweit es sich um die condictio certi (oder incerti, wenn man dem Text folgt; vgl. gegen den Begriff der cond. incerti — als einer Interpolation — Pflüger, H. H., Über die cond. incerti, Zeitschr. der Savignystiftung Bd. 18 RA. 1897 und Trampedach, Die cond. incerti, das. Bd. 17 RA. 1896) handelt, ist einfach, falls wir annehmen, daß die Römer dem Delegaten die condictio direkt gegen den Delegatar gegeben haben, nicht weil ihm eine condictio gegen den Deleganten zustand, sondern weil ihm keine zustand. Die Anwendung des obigen Satzes: dolo facit, qui petit, quod redditurus est ergibt sich dann von selbst. Zu bemerken ist, daß auch unter der Herrschaft des BGB. derselbe Gesichtspunkt bei — wie ich annehme — möglicher und richtiger Anwendung des § 816 BGB. im Falle Vorliegens des obigen Digestentatbestandes obwalten muß.

Digitized by Google

ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers eingetreten wäre und nunmehr das Geleistete zurückgefordert werden könnte. Hier sagt nun der Gesetzgeber: Das Schuldanerkenntnis an sich bildet die ungerechtfertigte Bereicherung. Nach dem in Frage stehenden Rechtsinstitut des abstrakten Schuldanerkenntnisses bezw. Versprechens scheint mir diese Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht genau systematisch richtig zu sein. Denn das abstrakte Rechtsgeschäft trägt seinen Rechtsgrund in sich selbst — eine Bezugnahme auf die unterliegende causa ist weder erfolgt noch gewollt. Das Schuldanerkenntnis kann demnach für sich allein nicht als ungerechtfertigte Bereicherung in Betracht kommen, denn es ist nur vertraglicher Entstehungsgrund einer durchaus gültigen Obligation. Etwas anderes ist es, ob nun die Leistung aus diesem abstrakten Schuldanerkenntnis oder -versprechen, die ja nach dem Parteiwillen zugleich eine Leistung aus der unterliegenden causa ist, sich als ungerechtfertigt herausstellt oder nicht. Um ein Beispiel anzuführen: es ist für eine Kaufschuld aus einem ungültigen Kaufvertrage ein abstraktes Schuldanerkenntnis ohne Novationsabsicht hingegeben worden. Dieses Schuldanerkenntnis an sich ist durchaus gültig und daher auch die Leistungspflicht aus demselben entstanden. Leistet aber der Schuldner auf Grund des Anerkenntnisses, so kann er, weil nach der Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch aus einem ungültigen Kaufvertrage nicht geleistet zu werden braucht, diese Leistung als ungerechtfertigte zurückverlangen.

Daß diese Konstruktion richtig ist, ergibt sich daraus, daß — falls der Gläubiger die ihm aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis entstandenen Rechte zediert — der Schuldner dem neuen Gläubiger nicht entgegenhalten kann: meine Leistungspflicht bestand nicht — er muß zahlen, kann aber jetzt vom ersten Gläubiger die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen.

Durch Anwendung des Satzes: dolo facit, qui petit, quod redditurus est ist die Redeweise des Bürgerlichen Gesetzbuches erklärlich, wenn es sagt: „als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses."

Ich glaube nun nachgewiesen zu haben, daß in diesem Falle wenigstens der römische Grundsatz auch heute noch Platz greift. Diesen Fall als Spezialfall zu behandeln und im übrigen das Bestehen des

Digitized by Google

römischen Satzes für unser heutiges Recht zu leugnen, scheint mir inopportun. Demnach ist m. E. auch heute eine allgemeine exceptio doli zuzulassen.[1])

Wir treten nunmehr in die Konstruktion der von Endemann so genannten „sekundären Fälle" der ausschließenden (peremtorischen) Einreden näher ein.

Die Einreden sind im allgemeinen nur Tatbestände typisch negativer Rechte. Es gibt aber auch Fälle im Bürgerlichen Gesetzbuche, wo ein Anspruch zur einredeweisen Geltendmachung geeignet ist. Ein Anspruch kann also Einredekraft haben oder sich mit einem Einrederecht verbinden. Beispiele dieser Art bieten die §§ 478, 639, 651 821 u. 823 BGB. Weiterhin erzeugt ein gegenseitiger Vertrag sowohl Ansprüche von seiten der beiden Kontrahenten gegeneinander wie auch Einreden des nicht erfüllten Vertrages. Ein weiteres Beispiel bildet die negotiorum gestio, bei der ein Anspruch auf Ersatz der Verwendungen und gleichzeitig das Zurückbehaltungsrecht wegen derselben gegeben ist.

Bei obigen Beispielen müssen wir nun unterscheiden, ob das Einrederecht sukzessive nach Fortfall des Anspruchs entsteht, oder aber ob es zugleich mit dem Anspruch entstanden ist. In den beiden von mir zuletzt genannten Fällen ist es klar, daß es sofort mit dem Anspruch entsteht, in den Fällen der §§ 478, 639, 651, 821 und 853 äußerst zweifelhaft. Man könnte folgendermaßen deduzieren: Ansprüche sind verjährbar, Einreden aber nicht. Der vorliegende Tatbestand erzeugt von vornherein einen Anspruch und eine Einrede. Da die Einrede nicht verjährt, geht sie über die Möglichkeit der Geltendmachung des Anspruchs hinaus. Es ist aber auch die andere Auffassung denkbar, daß derselbe Tatbestand zuerst nur einen Anspruch und erst nach dessen Verjähren auch eine Einrede begründet. Es ist zunächst die Frage, welcher tiefere Sinn diesen beiden Unterschieden zugrunde liegen kann. Da finden wir, daß in den oben bezeichneten Paragraphen zu trennen ist: §§ 478, 639, 651 auf der einen Seite, §§ 821, 853 auf der anderen Seite. Während bei den §§ 821, 853 die Annahme

[1]) Dafür auch Enneccerus-Lehmann S. 294, der dort auch zwei Fälle der exceptio doli namhaft macht; vgl. ferner JurW. 1904 S. 88. Den gleichen Standpunkt vertritt das RG. Ablehnend verhält sich Endemann 6. Aufl. S. 358, 1 mit ausführlicher Begründung seines Standpunktes aus den Materialien des Gesetzes.

Digitized by Google

einer besonderen Einrede neben dem Anspruch durchaus nicht notwendig ist — es sei denn, daß man hier mit der allgemeinen exceptio doli: dolo facit, qui petit, quod redditurus est operieren würde — liegt die Sache bei der Gewährschaftseinrede ganz anders. § 478 bestimmt, daß der Käufer auch nach Vollendung der Verjährung, falls er vor Ablauf der Verjährungszeit entweder

1. dem Verkäufer die Anzeige des Mangels zusandte, oder
2. den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme des Mangels gestellt hat, oder
3. in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber anhängigen Rechtsstreit dem Verkäufer den Streit verkündet hat,

die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern darf, als er auf Grund der Wandlung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Nun ist mit Crome[1]) die Vorstellung abzuweisen, als habe ein Anspruch, den man bloß zur Verteidigung gegen andere Ansprüche geltend macht, damit auch den Charakter einer Einrede. Entgegengesetzter Ansicht ist Zitelmann. Er sagt[2]): „Die Einrede ist entweder defensiver Anspruch oder bloßes Hemmungsrecht." Zitelmann läßt also einen defensiven Anspruch als Einrede bestehen.

Es ist nun die Frage, welcher Tatbestand dem Wandlungsanspruch, welcher Tatbestand der Gewährschaftseinrede zugrunde liegt. Hier sehen wir, daß — obschon die gemeinsame Wurzel der Kaufvertrag ist — doch die Gewährschaftseinrede einen ganz anderen Untergrund hat als der Wandlungs- oder Minderungsanspruch. Sie stützt sich nämlich nicht darauf, daß der Käufer infolge Mangels der Sache wandeln oder mindern dürfe, sondern darauf, daß der Käufer infolge Mangels der Sache ein Wahlrecht habe, dessen Ausübung ihm zustehe und dessen Geltendmachung den klägerischen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises hemme. Erst wenn bereits die Wandlungsmöglichkeit nach § 466 BGB. absorbiert ist — mit ihr eventuell auch der Anspruch auf Leistung einer mangelfreien Sache (§ 480 BGB.) —, kommt der Minderungseinwand als Geltendmachung des Minderungsanspruches in Frage. Ich meine also, daß der Einwand des beklagten Käufers folgendermaßen konstruiert werden kann:

---

[1]) System Bd. 1 S. 189.

[2]) Recht des BGB, Bd. 1 S. 31b, α 1 u. 2.

Digitized by Google

1. Die Kaufsache ist mangelhaft — darum wandle oder mindere ich, bezw. weigere die Zahlung ganz oder zum Teil, oder
2. die Kaufsache ist mangelhaft — darum habe ich ein Wahlrecht, weswegen ich vorläufig zur Verweigerung der Zahlung berechtigt bin.

Wir sehen: In der Einwendung zu 1. macht der Beklagte einen Anspruch geltend, der zugleich als Einrede verwertbar wäre, während in der Einwendung zu 2. von der Geltendmachung eines Anspruches keine Rede ist. Sie ist nur Einrede im technischen Sinne. Ich glaube nun, daß letztere Einrede zu 2. die typische Gewährschaftseinrede[1]) ist. Der Gesetzgeber hat nach dem Wortlaut des § 478 von vornherein die Gewährschaftseinrede darauf abgestellt, daß der Käufer die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern darf, als er auf Grund der Wandlung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Wäre also die Wandlung statthaft gewesen, so kann der Käufer die Zahlung des ganzen Kaufpreises verweigern. Hiermit allein ist aber weder die Wandlung erfolgt noch eine Offerte zum Abschluß des Wandlungsvertrages gemacht. Der Käufer zwingt vielmehr m. E. den Verkäufer durch die Einrede, nun

1. von ihm Ausübung der Wahl nach § 466 BGB. zwischen den an sich verjährten Ansprüchen zu verlangen, und sodann
2. auf die Einrede der Verjährung des Wandlungs- oder Minderungsanspruches zu verzichten und ihn selbst (den Käufer) aufzufordern, das ihm zustehende Wahlrecht auszuüben.

Die Gewährschaftseinrede hat also das dem Käufer zustehende Wahlrecht, welches an sich unverjährbar ist (denn es ist kein Anspruch), aber nach Verjährung des Wandlungs- oder Minderungsanspruches gegenstandslos geworden ist, zur Grundlage. Ist nur Minderung möglich — z. B. es ist bereits das Wandlungsrecht gemäß § 466 BGB. erloschen — so ist die Minderungseinrede denkbar als Einrede, bei der ein bestimmtes subjektives Recht zunächst einen Anspruch und nach dessen Verjährung eine Einrede begründet. Hier nämlich kann von einer Basierung der Gewährschafts- [bezw. Minderungs]-einrede auf dem dem Käufer zustehenden Wahlrecht keine Rede sein.

[1]) Oder „Wandelbarkeitseinrede", wie Landsberg a. a. O. Bd. 1 S. 430 sie nennt.

Digitized by Google

Nicht anders ist zu konstruieren die Gewährschaftseinrede vor Ablauf der Verjährung. Dies geht m. E. aus § 466 BGB. klar hervor. Denn in der Behauptung des Beklagten: „Die Sache hat Mängel gehabt" liegt der Vorbehalt des Wahlrechts und an sich nichts weiter. Die Verweigerung der Zahlung ist konsequenterweise nur als Ausfluß dieses Vorbehalts anzusehen; denn sonst wäre ja der Verkäufer jederzeit in der Lage, den Käufer zur Abgabe einer definitiven Erklärung dadurch zu zwingen, daß er klageweise gegen ihn vorgeht. Der Käufer sagt: „Die Sache ist mangelhaft, ich zahle nicht; was ich nun definitiv wählen werde, ob Wandlung oder Minderung, darüber behalte ich mir noch die Entscheidung vor." Entgegengesetzter Ansicht ist Staub.[1]) Er berücksichtigt nicht, daß der Verkäufer den Käufer erst durch Setzung einer angemessenen Frist zwingen kann, sich zu erklären, ob er Wandlung verlange, mit der Wirkung, daß nach unbenütztem Ablauf der Frist die Wandlung ausgeschlossen sein soll. Hätte nun der Einwand des Beklagten im Prozeß: „Die Ware war mangelhaft, ich zahle nicht" die Wirkung, daß der Käufer bereits eine Wandlungsofferte abgegeben hätte, so würde — zumal die Einlassungsfrist im Zivilprozeß abgekürzt werden kann —, die Forderung des § 466 BGB., daß eine angemessene Frist gewahrt sein müsse, nicht ohne weiteres erfüllt sein. Des weiteren kann ja doch — wie ich oben ausgeführt habe — der Einwand des Beklagten ebensogut heißen: „Ich bin mit mir noch nicht einig, ob ich wandeln oder mindern soll" als: „ich wandele". Gerade wegen dieser Unbestimmtheit der Absicht des Käufers möchte ich darauf hinweisen, daß der Beklagte jedenfalls das ihm Vorteilhaftere gewollt haben wird, nämlich den Vorbehalt der Ausübung der Wahl. Schon deswegen also ist die Gewährschaftseinrede so lange, wie die Wahlmöglichkeit vorhanden ist, als auf dem Wahlrecht basiert anzusehen.

Wir erhalten demnach eine eigenartige Zwitterstellung der Gewährschaftseinrede:

1. Solange noch die Wahl möglich ist — die Einrede, daß der Käufer ein Wahlrecht habe,
2. nach Fortfall des Wahlrechts — die Einrede, daß Minderung verlangt werde.

---

[1]) a. a. O. S. 1369 Anm. 96 und S. 1353 Anm. 22.

Digitized by Google

Dieser geteilte Inhalt der Gewährschaftseinrede kommt sowohl vor wie nach Verjährung der sich aus dem Kauf ergebenden Ansprüche zur Geltung.

Wir können demnach nicht sagen, daß das Recht hier zunächst einen Anspruch und dann erst sukzessiv eine Einrede gäbe, sondern wir müssen die Gewährschaftseinrede schon vor Verjährung des Wandlungs- bezw. Minderungsanspruches anerkennen.

Was nun die §§ 821 und 853 BGB. betrifft, so müssen wir m. E. auch bei ihnen eine Unterscheidung machen. Im allgemeinen sei gesagt, daß auch schon vor Verjährung des Anspruchs eine Einrede in diesen Fällen möglich ist, daß aber diese Einrede vor Verjährung als exceptio doli gemäß dem Grundsatz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est aufgefaßt werden kann, während dieselbe Auffassung nach Verjähren des Befreiungsanspruches zessiert. Hier können wir nun die vom Bürgerlichen Gesetzbuche gegebene Regelung als der allgemeinen dolus-Einrede entsprechend darstellen. Die exceptio doli umfaßte eben auch in Rom ein ungeheures Gebiet der verschiedensten Tatbestände; dasselbe sehen wir hier und haben es früher bereits näher erläutert.

Insoweit läßt sich also von einer Sukzessivität der Einrede aus §§ 821 und 853 sprechen, als letztere nach der Verjährung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung resp. Delikt einen ganz anderen Tatbestand enthält als vor derselben, während, wie wir sahen, der Gewährschaftseinrede aus § 478 sowohl vor wie nach der Verjährung der Gewährschaftsansprüche genau derselbe Tatbestand zugrunde liegt.

Daher können wir, wenn wir von Sukzessivität zwischen Anspruch und Einrede aus ein und demselben Tatbestand sprechen, genau genommen nur die §§ 821 und 853 anführen, nicht aber § 478 und die diesem gleichstehenden §§ 639 und 651 BGB.

Was nun die **Wirkung der materiellen Einreden** betrifft, so ist ihre Hauptwirkung ohne weiteres in die Zeit nach ihrer prozessualen Geltendmachung zu legen. Diese Wirkung ist aber — wie ich schon gezeigt habe — nicht die einzige, vielmehr gibt es eine ganze Menge von Wirkungen des Einrederechts bereits vor der gerichtlichen Geltendmachung durch ihr „bloßes Gegenüberstehen der objektiven Rechtslage

Digitized by Google

nach".[1]) Diese von Zitelmann[2]) so genannten „Wirkungen des Bestehens des Einrederechts an sich" finden wir z. B. in den §§ 202 I, 390, 813 I, 886, 1169, 1254. Doch sind hiermit nicht alle sogen. „Vorauswirkungen"[3]) des Einrederechts umfaßt; vgl. hierzu das früher Gesagte. Wenn nun Zitelmann sagt, daß diese Wirkungen vor der Geltendmachung, da sie vom Willen des Einredeberechtigten unabhängig seien, einen exzeptionellen Charakter hätten und daher nicht zum Inhalte des Einrederechts zu rechnen seien, so meine ich, daß dies doch der wichtigen rein objektiven Seite des Einredebegriffs nicht gerecht wird. Die obigen Bestimmungen sind so einschneidender Natur, daß man sehr gut sagen kann: daß die Einrede im Prozeß geltend gemacht werden muß, ist nur Folge der Ausübung des Einrederechts. Diese Ausübung äußert sich:

a) außerhalb des Prozesses durch Genießen des dem Einrederecht entsprechenden Zustandes,
b) innerhalb des Prozesses durch ausdrückliches Vorbringen des Rechtes.

Wenn wir nun die Wirkung der Geltendmachung der Einrede im Prozeß näher untersuchen, so scheint mir der Anspruch als solcher in seinem Bestande nicht angegriffen und nur eine momentane Äußerung des aus einem bestimmten Grunde Nichtleistenwollens vorzuliegen. Dieser bestimmte Grund an sich sagt uns, ob er fähig ist, dauernd oder nur vorübergehend eingewandt zu werden; ob er in einem etwaigen späteren Prozeß erneut eingewandt wird, das ist Sache des Beklagten, und mit Recht. Nirgendwo ist gesagt, daß durch die Einrede der Anspruch erlischt, vielmehr ist durch die Bestimmung der §§ 813, 886, 1169, 1254, daß dem Anspruch eine Einrede entgegensteht, durch welche seine Geltendmachung dauernd ausgeschlossen wird, nur gesagt, daß eine erfolgreiche Geltendmachung dauernd ausgeschlossen ist, den Normalfall angenommen, daß sich der Wille des Beklagten bezüglich der Einrede nicht geändert hat. Diese Paragraphen beziehen sich nicht auf die prozessuale, sondern vielmehr auf die objektiv-materiellrechtliche Wirkung der Einreden, und von hier

[1]) vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 512.
[2]) Zitelmann, Recht des BGB. § 29.
[3]) Friedenthal a. a. O. S. 64.

Digitized by Google

aus gesehen liegt allerdings eine Dauerwirkung vor, aber nur bezüglich des Genusses des dem Einrederecht entsprechenden Zustandes, nicht bezüglich der Geltendmachung im Prozeß. Letztere kann nicht die Wirkung der Anspruchsvernichtung haben, denn für die aufschiebenden Einreden bestimmt § 202 I, daß die Verjährung gehemmt sei, solange der Verpflichtete zur Verweigerung der Leistung vorübergehend berechtigt sei. Während der Hemmung der Verjährung muß aber der Anspruch als solcher noch bestehen bleiben. Anspruch und Einrede können demnach hier zusammen bestehen, die Geltendmachung hat keinerlei Wirkung auf die Existenz des Anspruchs. Dasselbe gilt für die peremtorische Einrede; vgl. § 813 sowie als besonderes Argument §§ 478, 821 u. 853. Derselben Ansicht ist auch Crome in seiner Ausführung[1]): „Der Anspruch, dem bloß eine aufschiebende Einrede entgegensteht, gewinnt nach Ablauf der Aufschubszeit wieder volle Kraft. Der Anspruch, dem eine ausschließende Einrede entgegensteht, ist für alle Zukunft lahmgelegt. Wirtschaftlich kommt dies vielfach der völligen Aufhebung des Anspruchs gleich (z. B. §§ 390, 813); ja es kommt vor, daß der aus dem Anspruch Verpflichtete in solchen Fällen die Aufhebung des von der Einrede betroffenen Rechts verlangen kann" (vgl. zu letzterem §§ 886, 1169, 1254 BGB.). Während also bei den aufschiebenden (dilatorischen) Einreden ein — wenn auch bedingter — Endtermin für dieselben vorhanden ist, ist bei der ausschließenden (peremtorischen) Einrede die „dauernde Ausschließung" m. E. so zu verstehen, daß ein Zeitpunkt für das Wiederaufleben des lahmgelegten Anspruchs vom Gesetz nicht festgestellt ist. Denn auch für die ausschließende Einrede ist zu sagen, daß der Anspruch infolge eines Verzichts des Schuldners auf sein Einrederecht stets seine volle Geltung wiedererlangen kann, so daß prinzipiell jederzeit die Klage aus diesem veränderten Gesichtspunkte gegen den Schuldner möglich ist. Die Rechtskraftwirkung des Urteils umfaßt auch die vom Richter in den Urteilsgründen mit aufzunehmende Entscheidung, daß das Vorbringen des Beklagten für diesen vorliegenden Streitfall den klägerischen Anspruch hemme und daher eine Verurteilung des Schuldners nicht angängig gewesen sei.[2]) Ist dies Inhalt des Urteils, dann kann eine

[1]) System Bd. 1 S. 190.

[2]) Im allgemeinen wird ja nur die Entscheidung und nicht die Urteilsgründe (die „Elemente der Entscheidung") von der Rechtskraft getroffen. Dies ist aber

Digitized by Google

ungezählte Menge von Klagen nachträglich trotz Rechtskraft des ergangenen Urteils angestellt werden — ein Korrektiv für unnützes Prozessieren bietet im heutigen Prozeßrecht die Bestimmung, daß dem Unterliegenden die Kosten des Verfahrens auferlegt werden.

Die Frage, ob durch die Einredemöglichkeit die Verzugsfolgen beseitigt werden, löst sich nach der von mir verteidigten Ansicht einfach, indem — solange das Einrederecht besteht — der Schuldner zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist, daher schuldhafte Nichtleistung gar nicht vorliegen kann. Dies gilt m. E. auch in dem Falle, wenn das Einrederecht später im Prozesse nicht geltend gemacht wird, der Schuldner aber das Bestehen des Einrederechts in der Zwischenzeit unter Beweis stellt (vgl. die analoge von mir gegebene Entscheidung auf S. 6 dieser Arbeit). Die herrschende Lehre, welche eine Unterscheidung macht dahingehend, ob

1. der einredeberechtigte Schuldner von seinem Gläubiger nach Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes gemahnt wird, oder
2. ob die Mahnung erfolgt, ohne daß der Schuldner vorher von seinem Einrederecht Gebrauch gemacht habe,

ist m. E. nicht richtig, denn auch im letzteren Falle würde gegenüber der außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs durch Mahnung das Leistungsverweigerungsrecht ebenfalls außergerichtlich seine Wirkung äußern. Ich aber lege, wie gesagt, den Ton auf die schuldhafte Nichtleistung und komme somit einfacher zu einem akzeptablen Ergebnis.

Die Einrede im materiellrechtlichen Sinne ist — wie ich schon sagte — ein Leistungsverweigerungsrecht; kann dieses Leistungsverweigerungsrecht verjähren?

1. Für das römische Recht galt zunächst einmal der Satz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.[1])

---

nicht äußerlich zu nehmen. Vgl. Crome a. a. O. Bd. 1 S. 574: „Rechtskräftig wird die Entscheidung, wie sie sich aus der Vergleichung des Tenors mit den Gründen als lebendiger Inhalt der ersteren ergibt". In unserem Falle gehört zu diesem „lebendigen Inhalt" auch die in den Urteilsgründen zu erwähnende Einrede.

[1]) Das entgegengesetzte Prinzip finden wir bei den französischen Juristen: „tant dure l'action, tant dure l'exception."

Digitized by Google

Dies hing zusammen mit der Erwägung, daß der Einredeberechtigte es nicht in seiner Gewalt hatte, von der exceptio Gebrauch zu machen, denn er mußte ja den Angriff des Gegners, die Klageerhebung, abwarten.[1]) Im gemeinen Recht änderte sich an diesem Standpunkt nichts, auch nicht, nachdem die Möglichkeit der Erhebung einer „negativen Feststellungsklage" eingeführt wurde, denn letztere sollte, wie Regelsberger[2]) treffend bemerkt, eine Wohltat, keine Belastung für den Einredeberechtigten sein.

2. Für das heutige Recht ist im allgemeinen ex principio zu sagen, daß nur Ansprüche verjähren, so daß Einreden an sich der Verjährung nicht unterliegen können. Man könnte, da die Einrede nur einem Anspruch gegenüber und außerhalb der Existenz eines solchen keine besondere Bedeutung besitzt, darauf hinweisen, daß im Augenblicke der Verjährung dieses Anspruchs einfach die Einrede der Verjährung geltend gemacht werden kann, so daß das Bestehenbleiben der besonderen Einrede nicht ohne weiteres notwendig erscheint. Wenn man aber von der Ansicht ausgeht, daß die Einrede der Verjährung deswegen einen von den übrigen Einreden divergierenden Charakter hat, weil sie unter Umständen wenig fair[3]) erscheint, so scheint es mir nicht opportun zu sein, bei Möglichkeit der Einrede der Verjährung jede andere Einrede auszuschließen. Würde jede andere mit Verjährung des gegnerischen Anspruches auch verjähren, so bliebe dem Einredeberechtigten nichts anderes übrig, als die wenig ansprechende Einrede der Verjährung zu wählen, um sich von dem Anspruch zu befreien. Nun hat das Bürgerliche Gesetzbuch schon dadurch, daß es die Verjährung als einfache Einrede erscheinen läßt und nicht als einen der Beurteilung des Richters von Amtswegen zu berücksichtigenden Tatbestand kennzeichnet, dem Volksbewußtsein Rechnung getragen.

Aus obigen Gründen wird die Schlußfolgerung zu ziehen sein, daß — wenn einem Anspruch gegenüber die Einrede der Verjährung möglich ist — dann jede andere Einrede noch geltend gemacht werden kann. Dies ist auch der Standpunkt des Gesetzgebers, der schon durch die Regelung im § 194 BGB. obigem Resultat zustimmt, indem er

[1]) l. 5 § 6 Dig. de doli exc. 44, 4.

[2]) Pand. S. 668/69.

[3]) vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 512 Anm. 18 „nicht anständig"; Leonhard, Irrtum S. 311 „ethisches Opfer".

Digitized by Google

die Einrede in diesem gar nicht erwähnt. Des weiteren auch hat der Gesetzgeber bei anderen Gegenrechten Fristen bestimmt, innerhalb deren ihre Ausübung erfolgen muß (vgl. z. B. bei der Anfechtung). Er würde, wenn er verlangt hätte, daß die Einrede auch innerhalb gewisser Zeit eingelegt werde, dann dies doch sicher ausdrücklich gesagt haben.

Regelmäßig also sind die Einreden unverjährbar.

Schwieriger aber ist die Entscheidung, ob — wenn ein Tatbestand zu gleicher Zeit einen Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit, wie eine Einrede für dieselbe Person erzeugt — nun mit dem Anspruch zugleich die Einrede untergeht. Es sind systematisch hier drei Fälle möglich:

1. Der Anspruch verjährt und ebenso die Einrede,
2. der Anspruch verjährt, die Einrede erlischt,
3. der Anspruch verjährt, die Einrede bleibt bestehen.

Der Gesetzgeber hat hier stets deutlich und ausdrücklich gesagt, welche Lösung in jedem einzelnen Falle er wünschte. Als Beispiele seien hier die eben oft genannten §§ 478, 821 und 853 BGB. herangezogen. Während bei letzteren — § 821 und § 853 — die Unverjährbarkeit ausdrücklich festgesetzt ist,[1]) ist die Gewährschaftseinrede als verjährbare konstruiert bezw. bestimmt worden, daß dieselbe erlischt, falls nicht von seiten des Käufers Anzeige des Mangels innerhalb der im § 477 BGB. vorgeschriebenen Frist erfolgt ist.

Wenn wir nunmehr zur Beantwortung der Frage fortschreiten, ob die letztgenannte Einrede erlischt oder verjährt, so scheint mir diese Frage — wenn wir den Begriff der Verjährung auch auf die Einrede genau im Sinne des § 194 BGB. anwenden wollten — zweifellos nach der Seite des Erlöschens beantwortet werden zu müssen,[2]) da, wenn eine Einrede verjähren könnte, dieses stets wieder durch eine neue Einrede, die allgemeine Verjährungseinrede, geltend zu machen wäre. Wir kämen hierdurch zum Begriff der Einrede gegen Einrede. Wenn

---

[1]) Der Inhalt der Einrede bleibt ja derselbe, wenn auch — wie ich oben sagte — die juristische Konstruktion nach Verjährung des Befreiungsanspruches eine andere wird.

[2]) Allerdings sprechen eine Anzahl namhafter Schriftsteller von der „Verjährung der Einrede", z. B. Cosack Bd. 1 § 127 S. 449; Endemann Bd. 1 S. 554 Anm. 10; Hellmann, Vorträge S. 208. Dagegen Crome, Leonhard, Planck, Neumann, Windscheid-Kipp u. Motive.

Digitized by Google

es nun wahr ist, daß die Einrede stets ein Leistungsverweigerungsrecht darstellt, so kann von einer Einrede gegen eine Einrede nie die Rede sein. Um event. die Beweislast des Gegners für die Unwirksamkeit der Einrede zu konstruieren, brauchen wir auch gar nicht den Begriff der Verjährung der Einrede; denn — wie ich später noch näher ausführe —: das einmal Entstandensein des Rechts, d. h. den Klagegrund, die normalen Entstehungstatsachen hat der Kläger zu beweisen, hier der Beklagte die Entstehung der Einredetatsachen. Das Erlöschen beweist, analog wie die Erlöschung des einmal entstandenen Rechts, der Gegner — hier also der Kläger. Die Beweislast verteilt sich also genau so, als wenn wir nur Verjährung der Einrede annehmen würden. Wir können uns demnach ohne weiteres — wofür ja auch § 194 BGB. spricht — für das Erlöschen des Einrederechts durch Zeitablauf aussprechen, welches einwendungsweise vom Gegner des die Einrede Vorschützenden vorgebracht und bewiesen werden muß.

Die prozessuale Einrede.

Die prozessualen Einreden unterstehen — wie ich im folgenden näher erläutern werde — anderen Regeln als die materiellrechtlichen, nur in der Frage der Beweislast nähern dieselben sich einander, und zwar hat dies seinen tieferen Grund darin, daß bei beiden die Beweislastfrage stets nur im Prozeß auftaucht.

Die der heutigen herrschenden Lehre entsprechenden termini technici für die Bedingungen, unter denen Rechtsschutz gewährt wird, sind:

1. der Rechtsschutzanspruch,
2. die Prozeßvoraussetzungen genereller Natur,
3. die Voraussetzungen für einzelne Prozeßhandlungen.

Obige Unterscheidungen geben zugleich inhaltlich darüber Auskunft, welche Einreden im Bereich des juristisch Möglichen liegen.

Der Rechtsschutzanspruch ist als Anspruch gegen den Staat aufzufassen, welch letzterer in dem von ihm gegebenen Rechtsschutz ein Äquivalent wegen der durch ihn erfolgten Entziehung des Selbsthilferechts gewährt. Wir leben in einem Rechtsstaat. Der Staat hat dem Bürger die Wahrung seiner Rechte gewährleistet. Nun wäre es ja an sich

Digitized by Google

denkbar, daß der Staat den Bürger prinzipiell auf den Weg der Selbsthilfe verweist — dies geschieht nur in rechtlich wenig entwickelten Staaten, und auch hier kann man nicht in eigentlichem Sinne von einer Verweisung seitens des Staates auf den Weg der Selbsthilfe sprechen, vielmehr entspringt die Selbsthilfe ohne weiteres dem prinzipalen Gefühl des Menschen.[1]) Der Staat beschränkt also die Selbsthilfe.[2]) Diese Beschränkung kann je nach Lage des Falles eine verschieden starke sein:

1. in einzelnen Fällen wird die Selbsthilfe überhaupt verboten,

2. in anderen Fällen wird sie von einem besonderen, gesetzlich genau geregelten Tatbestand abhängig gemacht, insbesondere zeitlich eingeengt und nur als Sicherungsmittel zugelassen; vgl. §§ 229, 859 BGB.

Wo aber der Staat sich selbst vorbehält, einen neuen „wirksamen Leistungsbefehl" gegen den Schuldner zu erlassen, und erst auf diesen hin mit Hilfe staatlicher Organe die Verwirklichung des klägerischen Anspruchs versucht wird, da hat der Bürger einen Anspruch gegen den Staat, daß er nun auch bei Vorhandensein gewisser Tatbestände den Rechtsschutz durch irgend eines seiner Organe eintreten lasse. Es handelt sich nicht um einen Anspruch materiellrechtlicher Natur. Die Schriftsteller, z. B. Laband, Bekker[3]) u. a., sprechen hier von einem „publizistischen Anspruch", und m. E. mit Recht. Es soll damit angedeutet werden, daß die materiellrechtlichen Regeln von Verjährung, Erlaß, Verzug usw. keine Anwendung auf diesen finden, des weiteren, daß dieser Rechtsschutzanspruch gegen den Staat nichts mit dem neben ihm hergehenden Anspruch gegen den Schuldner gemein hat. Dieser Rechtsanspruch ist aber nur dann gegeben,

1. wenn der zugrunde liegende Tatbestand an sich des Rechtsschutzes fähig ist. Hierhin gehören m. E. das Nichtvorliegen von

---

[1]) vgl. hierzu beispielsweise die geschichtliche Entwicklung der Legisaktionen in Rom. Sohm a. a. O. S. 234 Anm. 16: „Bei den Römern wie bei den Deutschen ist der Zivilprozeß der Urzeit lediglich solemnisierte Selbsthilfe"; vgl. auch Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 18 ff.

[2]) Die Selbsthilfe kann in Kulturstaaten nur geduldet werden. „Auge um Auge, Zahn um Zahn" kann nur ein Grundsatz nicht seßhafter Völker sein, der Nomaden- und Jagdvölker, nicht aber der Ackerbau treibenden Völker, denn bei letzteren würde dieser Grundsatz zum Kampfe aller gegen alle führen.

[3]) Die Aktionen des röm. Privatrechts Bd. 1 S. 15.

Digitized by Google

Naturalobligationen, weiterhin das Nichtvorliegen eines bereits rechtskräftigen Urteils über denselben Tatbestand,[1]) die Klage auf Eingehung einer Ehe. Wir ersehen hier als erstes bedeutsames Moment aus dem bloßen Dasein von Naturalobligationen, daß der Anspruch gegen den Schuldner nicht ohne weiteres einen Rechtsschutzanspruch involviert und daher ihre Trennung gerechtfertigt erscheint. Der Staat sagt beim Vorliegen obiger Verpflichtungen: „Macht das bitte unter euch aus, mit solchen Sachen will ich offiziell nichts zu tun haben."

2. Ein Rechtsschutzbedürfnis ist als Grundlage des Rechtsschutzanspruches weiterhin zu fordern. Nur bei der Feststellungsklage allerdings hat der Gesetzgeber die Rechtsschutzbedürftigkeit als Prämisse direkt aufgestellt; vgl. Gaupp-Stein zu § 256 ZPO.[2]): „Das Interesse an der Feststellung ist nicht Prozeßvoraussetzung, nicht Bedingung eines formell gültigen Verfahrens, sondern Voraussetzung eines dem Kläger günstigen Sachurteils, Rechtsschutzvoraussetzung." Das gleiche ist der Fall bei der verfrühten Leistungsklage (§ 259 ZPO.) sowie in allen den Fällen, wo die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen zum Tatbestand des Anspruchs gehört; vgl. §§ 862, 1004 BGB. Ebenso ist der Fall in § 839 BGB. — der hier ein besonders wichtiges Argument bildet — zu behandeln. Hat der Verletzte es unterlassen, durch Einlegung von Rechtsmitteln einen ihm günstigeren Ausgang des Prozesses zu erwirken, so entfällt sein Anspruch gegen den Beamten. Es liegt hierin nicht eine Verneinung des Delikts des Beamten, sondern eine Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses.

Ebenso würde m. E. das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen sein, wenn zwei Studenten einen fingierten Fall vor das Amtsgericht bringen, um Zivilprozeß zu lernen. Es fehlt auch hier das Rechtsschutzbedürfnis. Daher wäre m. E. Abweisung geboten unter Auferlegung der Kosten auf beide Parteien.

Dem Rechtsschutzanspruch, der auch außerhalb des Prozesses als noch nicht verwirklichter besteht, stehen gegenüber **die Prozeßvoraussetzungen**, die erst in einem bereits anhängig gemachten Rechtsstreit zu ihrer Bedeutung kommen. Sie sind nicht Voraussetzungen für den Rechtsschutzanspruch, denn letzterer existiert ja, wie

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein a. a. O. S. 533, 2 Abs. 2.
[2]) a. a. O. S. 558.

Digitized by Google

ich eben sagte, schon vor Eintritt in den Rechtsstreit, sondern sie sind die Voraussetzungen dafür, daß in diesem Prozeß der Rechtsschutzanspruch in Wirksamkeit treten kann, d. h. das Gericht sich mit der Sachentscheidung befassen muß. Wohlverstanden richten sich die Prozeßvoraussetzungen nicht nach den Handlungen der Parteien an sich, sie liegen vielmehr vollkommen außerhalb derselben und haben nur auf den bereits anhängigen Prozeß Bezug. Ihre allgemeine Tendenz stempelt sie zu Voraussetzungen für jedes Sachurteil — sie müssen vorhanden sein, damit überhaupt ein solches ergehen kann. Sie sind die notwendigen Existenzbedingungen für den Prozeß als Ganzes.

Ihnen schließen sich an die **Voraussetzungen für einzelne Prozeßhandlungen**, bei deren Nichtvorliegen die einzelne Prozeßhandlung unzulässig, rechtlich nicht in Ordnung erscheint und deshalb unwirksam ist; vgl. §§ 33, 76, 214, 253, 256, 266, 268, 616, 766 ZPO.

Der Rechtsschutzanspruch gegen den Staat kann nun Bestreitungen durch den Beklagten auslösen. Ohne weiteres muß das Gericht von Amtswegen das Vorhandensein des Rechtsschutzanspruches feststellen. Ist ein solcher Anspruch nicht vorhanden, so ist ex officio ein Sachurteil auf Abweisung des Klägers zu erlassen. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß das Gericht die Rechtsschutzbedürftigkeit des erhobenen Anspruchs verneint. Ob es dies tut auf erfolgte Initiative des Beklagten hin, ist an sich gleichgültig, darum können wir hier auch nicht von einer Einrede, ebensowenig aber auch von einer Beweislast des Beklagten reden, vielmehr liegt beim Verneinen des Rechtsschutzanspruchs des Klägers die Geltendmachung eines widerstreitenden Rechtsschutzanspruchs durch den Beklagten vor oder — wie Endemann[1]) treffend bemerkt —: „Das Begehren des Beklagten geht auf Schutz gegen unbegründetes Klagebegehren." Und woher sollte auch eine Einrede des Beklagten kommen, wo sich doch der erhobene Rechtsschutzanspruch gegen den Staat und nicht gegen ihn richtet!

Die Prozeßvoraussetzungen bieten die Grundlage, sei es für eine Einrede der Parteien, sei es für eine Prüfung seitens des Gerichts ex officio. Sie unterscheiden sich zunächst schon dadurch von dem Anspruch auf Rechtsschutz, daß der letztere sich gegen den Staat richtet, während die ersteren sich teils auf die richtige Wahl des be-

[1]) a. a. O. Bd. 1 S. 436 Anm. 9.

Digitized by Google

rufenen Organs des Staates durch den Kläger, teils auf in der Person des Klägers oder Beklagten liegende, rechtlich erhebliche Tatsachen beziehen, teils auf sonstige außerhalb der Parteien liegende Gründe sich stützen, niemals aber den publizistischen Anspruch gegen den Staat zur Grundlage haben. Mit anderen Worten: Der Rechtsschutzanspruch ist der Partner des materiellen Anspruchs, beide ergänzen sich auf dem Gebiete des Prozeßrechts, indem beide das Sachurteil verlangen, der erstere aus dem Grunde, weil der Staat verpflichtet sei, der zweite aus dem Gegner verpflichtet sei. Die Prozeßvoraussetzungen hingegen stützen sich nicht auf irgend welche Ansprüche, sie sind nur Prämisse für den vorliegenden Prozeß; mit den Prozeßhandlungen haben sie auch nichts zu tun.[1]) Hieraus folgt, daß das Urteil, welches den Rechtsschutzanspruch verneint, stets Sachurteil sein muß, das Urteil, welches das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen verneint, nie Sachurteil sein kann.[2]) Welcher von diesen beiden Mängeln zuerst zu berücksichtigen ist, wird nicht schwer zu entscheiden sein, wenn wir von der Erwägung ausgehen, daß jeder Prozeß unmöglich ist ohne das Vorhandensein der Voraussetzungen, daß aber die Erhebung des Rechtsschutzanspruches prozessuales Handeln und von dieser Seite aus im konkreten Falle zu beurteilen ist. Daher geht m. E. die Entscheidung über das Vorhandensein von Prozeßvoraussetzungen der Entscheidung über den Rechtsschutzanspruch vor.

Der Mangel der Prozeßvoraussetzungen gibt unter Umständen den Grund für Einreden ab, insoweit der Beklagte auf das Nichtvorhandensein der Prozeßvoraussetzungen seinen Antrag auf Abweisung der Klage stützt — sie bilden den interessanteren Teil der prozessualen Einreden, da sie gerade die wichtigen prozeßhindernden Einreden neben einer ganzen Anzahl nichtprozeßhindernden umfassen.

Die Prozeßvoraussetzungen zerfallen in:

---

[1]) vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 681 II.

[2]) Der Mangel der Prozeßvoraussetzungen läßt, sofern ordnungsmäßige Rüge erfolgte, ein Sachurteil nicht aufkommen. Daher wirkt — falls das Zwischenurteil, welches die prozeßhindernde Einrede in 1. Instanz verwarf, angefochten wurde und falls bis zur Entscheidung hierbei auf Anordnung des Gerichts 1. Instanz gemäß § 275, 2 ZPO. zur Sache verhandelt und ein Urteil erlassen wurde — das das Vorhandensein eines prozeßhindernden Mangels bestätigende Urteil 2. Instanz auf das rechtskräftige Sachurteil ipso jure reszindierend. RGE. 5, 425, 15, 348.

Digitized by Google

1. solche, die stets ex officio berücksichtigt werden müssen. Bei diesen ist nur sekundärerweise von einer Einrede zu sprechen, dann nämlich, wenn ausnahmsweise von dem Beklagten das Gericht auf den von Amts wegen zu berücksichtigenden Tatbestand aufmerksam gemacht wird. Bei dieser Art von Prozeßvoraussetzungen ist auf die eventuelle Einlassung des Beklagten zur Hauptsache im allgemeinen kein Wert zu legen;

2. solche, die dann nicht berücksichtigt werden sollen, wenn der Beklagte sich in den Prozeß eingelassen hat. In diesen Fällen ist ebenfalls Berücksichtigung ex officio notwendig. Will aber der Beklagte sich trotz Vorliegens des Mangels in den Prozeßvoraussetzungen in den Prozeß einlassen, so wird der Mangel dadurch geheilt. Vom Gesetzgeber sind diese Voraussetzungen als solche nicht unbedingter Natur anerkannt, obschon sie ihm wichtig genug sind, ex officio berücksichtigt zu werden;

3. solche, welche nur auf erfolgte Rüge hin Bedeutung erlangen. Dies sind die Prozeßvoraussetzungen niederster Art; sie sind nie ex officio zu berücksichtigen. Allerdings läßt nicht erst die Rüge des Beklagten — also die subjektive Wichtigkeit für letzteren — den betreffenden Tatbestand zur Prozeßvoraussetzung sich auswachsen, vielmehr ist der Tatbestand an sich geeignet zur Hinderung des Prozesses. Der Mangel ist nur nicht derart wichtig, daß er ohne einen dahin zielenden Antrag des Beklagten zu berücksichtigen wäre. Hier liegt also eine wahre vom Beklagten zu beweisende Einrede vor.

Die Voraussetzungen zu 1. und 2. gehen häufig dergestalt ineinander über, daß in der ersten Instanz das Gericht ex officio Nachforschungen anstellen muß, während diese Einreden in der zweiten und dritten Instanz — weil sich der Beklagte bereits in der ersten Instanz einließ — nicht mehr angebracht werden können, es sei denn, daß der Beklagte glaubhaft macht, daß er an der (rechtzeitigen) Vorbringung in erster Instanz verhindert gewesen wäre.

Die Mängel der Voraussetzungen zu 1. und 2. können wir mit Schmidt **Nichtigkeitsgründe**, die zu 3. als **Anfechtungsgründe** bezeichnen, d. h. nichtig ist im ersten Falle, anfechtbar im zweiten das Prozeßverfahren, m. a. W.: ein Prozeßverfahren darf nicht zu Ende geführt werden, bezw. trotz Feststellung der materiellrechtlichen Grundlage die Klage nicht zu einem Sachurteil gegen den Beklagten

Digitized by Google

führen, wenn einer der gedachten Prozeßmängel vorliegt. Aus dem Gesagten folgt, daß auch in der zweiten und dritten Instanz der Mangel in den Prozeßvoraussetzungen Wirksamkeit behalten muß, jedenfalls soweit ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, während bei den Anfechtungsgründen unter Umständen eine Präklusion eingetreten ist dadurch, daß der Anfechtungsgrund nicht rechtzeitig geltend gemacht wurde.[1])

Ziffer 1 enthält die **stärkeren Nichtigkeitsgründe.** Es sind dies solche, auf welche der Gesetzgeber einen besonderen Wert legte, und zwar — wie ich später nachweisen werde — aus dem Grunde, weil Fragen prinzipieller Natur, die das ganze Prozeßrecht umfassen und deren strikte Durchführung verlangt wird, hier vorliegen. Diese Fragen betreffen

I. die Person des Gerichts,

II. die Parteien, und zwar:

1. ihre Parteistellung war als solche nicht dem Gesetz entsprechend,
2. der ausschließliche Gerichtsstand ist nicht gewahrt.

In all diesen Fällen war eine zweifache Regelung je nach dem Stadium des Rechtsstreits möglich:

1. vor Erlaß des Urteils Notwendigkeit der Prüfung ex officio,
2. nach Erlaß des Urteils entweder
   a) die Nichtigkeit eine trotz Vorliegens eines stärkeren Nichtigkeitsgrundes ergangenen Urteils, oder
   b) die Möglichkeit einer in integrum restitutio, oder
   c) die Möglichkeit, das Verfahren nach dem Erlaß eines Urteils von vornherein als mangelfreies zu behandeln.

Zu Punkt 2a könnte nun die Nichtigkeit des Prozeßverfahrens
   α) erst auf Grund besonderer Klage — sei sie nun Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage genannt — oder aber
   β) ipso jure, oder
   γ) ope exceptionis eintreten.

Doch dürfte gerade eine Regelung im Sinne von β) und γ) sich als sehr unpraktisch erweisen. Nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils dessen ipso jure-Nichtigkeit zuzulassen, ist mit der schnellen Durchführung eines Urteils, die unbedingt aus technischen Gründen

[1]) vgl. Schmidt a. a. O. § 142 S. 798.

Digitized by Google

geboten erscheint, nicht vereinbar, insbesondere nicht mit dem Prinzip der Sicherheit und Stetigkeit des Verkehrs. Auf ein durch alle Instanzen gelaufenes, rechtskräftiges Urteil muß unbedingt gebaut werden können: res iudicata facit jus inter partes — es schafft Recht, und nicht nur über den materiellen Anspruch, sondern auch über die formale Prozeßführung und das Nichtvorhandensein von Mängeln in den Prozeßvoraussetzungen. Dies hindert nicht, daß selbst ein rechtskräftiges Urteil mangels Vorliegens der notwendigen Prozeßvoraussetzungen durch Nichtigkeitsklage oder event. im Wege der in integrum restitutio als besonderen in die äußere Erscheinung tretenden Akten aufgehoben werden könnte. Ist doch auch beim Vorliegen eines früheren rechtskräftigen Titels trotz Bestehens des obigen Satzes, wenn wir die heutige Regelung in der Zivilprozeßordnung ins Auge fassen, die Nichtigkeitsklage möglich — also eine materiellrechtliche Ausnahme. Ist doch weiterhin, falls im amtsgerichtlichen Verfahren — vor der Entscheidung über prozeßhindernde Einreden in der Berufungsinstanz — ein Sachurteil erging, gegen das kein Rechtsmittel mehr möglich war, trotzdem das Sachurteil nichtig.[1]) Würde weiterhin gegen ein rechtskräftiges Urteil eine einfache Einrede möglich sein, so würde das Vollstreckungsverfahren unzulässig erschwert werden, denn gerade in dieses Verfahren müßte die Einrede hineinfallen, und hier würde sie hemmend wirken, da ja ein besonderes Verfahren die Folge sein müßte. Darum bestimmt die ZPO. in den §§ 767, 796, daß in der Zwangsvollstreckung Einwendungen gegen den Anspruch aus einem rechtskräftigen Urteil — und zwar hier aus den bereits oben angegebenen praktischen Gründen nur im Wege der Klage — nur insoweit geltend gemacht werden können, als sie nach Erlaß des Urteils entstanden sind. Es handelt sich hierbei nicht nur um Einreden materieller Natur, sondern auch um solche Einreden, die sich auf den Mangel von Prozeßhandlungen stützen (natürlich nur Prozeßhandlungen in der Vollstreckungsinstanz). Zugleich ist für obige nach Rechtskraft entstandenen Einreden — die ja ihrer Natur nach nicht auf Mängel der Prozeßvoraussetzungen sich stützen können, da diese ja nach § 767 und § 796 ZPO. erledigt sind — auch die Vorschrift getroffen, daß

[1]) Hier ist keine Nichtigkeitsklage nötig, da ja das die prozeßhindernde Einrede billigende Urteil des Landgerichts die Aufhebung des an sich rechtskräftigen amtsgerichtlichen Sachurteils ohne weiteres hinreichend dokumentiert.

Digitized by Google

sie gleichzeitig bei Androhung der Präklusion vorgebracht werden müssen.[1])

Bezüglich der stärkeren Nichtigkeitsgründe hat der Gesetzgeber

a) während des Prozesses die Nichtigkeit des ganzen Prozeßverfahrens festgesetzt,

b) nach Beendigung des Prozesses nicht die rechtspolitisch mögliche in integrum restitutio (Verletzung durch das Recht, nämlich das rechtskräftige Urteil und Restitutionsgrund), sondern den Weg der Nichtigkeitsklage gewählt.

Nur ist zu bemerken, daß nicht alle stärkeren Nichtigkeitsgründe nun auch ohne weiteres den Grund für eine Nichtigkeitsklage nach dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils geben, vielmehr hängt dies wiederum von der Bedeutung ab, welche der Gesetzgeber dem einzelnen Nichtigkeitsgrunde zudiktiert. Insbesondere ist die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen bei den Einreden, die sich auf das Vorliegen eines ausschließlichen Gerichtsstands stützen. Letzteres hat seine guten Gründe.

Das Gemeinsame der stärkeren Nichtigkeitsgründe beruht auf einer besonderen Bewertung gewisser prozessualer Tatbestände durch den Gesetzgeber. Falsch ist es nun, diese höhere Bewertung auf ein besonderes öffentliches Interesse zurückzuführen.[2]) Das öffentliche Interesse ist ein vager Begriff. Unter denselben läßt sich die ganze Zivilprozeßordnung einrangieren. Weiterhin könnte ja der Gesetzgeber durch irgendwelche andere Hilfsmittel, z. B. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bei allen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen helfen. Er muß also hier doch einen besonderen Grund gehabt haben, gerade die Nichtigkeit des Verfahrens ohne weiteres anzuordnen; darum auch darf m. E. die Nichtigkeit nicht mit dem „öffentlichen Interesse" begründet werden. Gleicher Ansicht ist Schmidt.[3]) Dieser sieht den Hauptgrund der verschiedenen Bewertung der Prozeßvoraussetzungen umgekehrt im privaten Interesse, indem er dies wie folgt ausführt: „Die verschiedene Bedeutung der Prozeßvoraussetzungen richtet sich also nur nach ihrer größeren oder geringeren Wichtigkeit für den Rechtsschutzzweck und beruht auf durchaus positivrechtlichen Zweckmäßigkeitsvorschriften."

[1]) Natürlich hat diese Regelung mit der Nichtigkeitsklage nichts zu tun.

[2]) vgl. Schmidt a. a. O. S. 806 Anm. 1.

[3]) a. a. O. S. 807 Anm. 1 und S. 799 oben.

Digitized by Google

Man wird mir wohl zustimmen, daß Schmidt nur Kritik übte und zwar berechtigte, ohne indes etwas Brauchbares an Stelle des Niedergerissenen aufzubauen. Die „durchaus positivrechtlichen Zweckmäßigkeitsvorschriften" sagen dem auf das „Warum" Antwort Heischenden gar nichts. Der Grund, den Schmidt anführt, weshalb in den verschiedenen Stadien des Prozesses die Bewertung der Prozeßvoraussetzungen eine vielfach verschiedene sei, gilt doch für die stärkeren Nichtigkeitsgründe nur ausnahmsweise. Wir können daher m. E. beim Erklärungsversuch Schmidts nicht stehen bleiben, sondern müssen die einzelnen Nichtigkeitsgründe untersuchen, um zu einem positiven Resultat zu gelangen. Und da finde ich den Hauptgrund für die hohe Bewertung der stärkeren Nichtigkeitsgründe durch den Gesetzgeber in der Prinzipienwidrigkeit der die Prozeßnichtigkeit herbeiführenden Umstände.

Warum hat unser Gesetzbuch auf das Vorhandensein der Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit sowie der richtigen gesetzlichen Vertretung ein solches Gewicht gelegt? Einfach deswegen, weil hier sonst gar keine Partei — wenigstens keine Partei, der die Verhandlung möglich ist — auftritt, weil also die Verhandlungsmöglichkeit nicht vorhanden war, weil ein Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime oder — wenn man will — das richterliche Gehör vorliegt. Das gleiche gilt — von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet — für die richtige Besetzung des Gerichts und für das Nichtmitwirken eines abgelehnten oder ausgeschlossenen Richters. Mit Recht hat die Gerichtsverfassung den Hauptwert darauf gelegt, daß niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werde. Ein unrichtig besetztes Gericht ist nicht das ordentliche Gericht. Mit demselben Argument läßt sich auch der absolute Nichtigkeitsgrund des Vorliegens der Unzulässigkeit des Rechtswegs beweisen.

Allerdings ist bei dem stärkeren Nichtigkeitsgrunde des Vorhandenseins eines anderen und zwar ausschließlichen Gerichtsstandes von einem prozessualen Prinzip nichts zu bemerken. Die Zivilprozeßordnung hat hier aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen, und zwar teils aus dem Grunde, um die Revision zu ermöglichen, teils weil sie — ob mit Recht oder Unrecht, mag dahingestellt bleiben — Grundstücke als besonders geartete Objekte behandelt, die stärkere Nichtigkeitswirkung für angebracht angesehen. Doch ist hier gerade zu betonen, daß der stärkere Nichtigkeitsgrund des Vorhandenseins eines anderen

Digitized by Google

und zwar ausschließlichen Gerichtsstandes in der zweiten und dritten Instanz abgeschwächt wird.

Demnach zerfallen die stärkeren Nichtigkeitsgründe in zwei Klassen, nämlich

1. in solche, die eine Prinzipienwidrigkeit zum Tatbestande haben, und
2. in solche, welche vorläufig einen weiteren Grund als nur den der besonderen Wertschätzung durch den Gesetzgeber nicht erkennen lassen.

Interessant ist, daß auch die Nichtigkeitsklage im Wiederaufnahmeverfahren nur dann anstellbar ist, wenn während des Prozesses stärkere Nichtigkeitsgründe eintreten, welche sich auf Verletzung der Prinzipien des Prozesses stützen, nicht aber bei dem Vorliegen eines anderweitigen ausschließlichen Gerichtsstandes. Ist doch schon in den höheren Instanzen die ausschließliche Zuständigkeit nicht mehr als Nichtigkeitsgrund anzusehen, soweit es sich um das forum rei sitae handelt. Insoweit — aber auch nur insoweit — ist Berechtigung vorhanden, von reinen Zweckmäßigkeitsgründen zu reden.

Die schwächeren Nichtigkeitsgründe sind solche, bei denen der Richter zwar auch ex officio prüfen muß, bei denen aber durch Einlassung des Beklagten in den Prozeß der Mangel fortfällt. Solche schwächere Nichtigkeitsgründe sind z. B. Nichtinnehaltung der Einlassungsfrist, die Unzuständigkeit des Gerichts (soweit es sich nicht um einen ausschließlichen Gerichtsstand handelt), der Mangel der dem Gesetz entsprechenden Zustellung (es geht aus dem Vorbringen des Beklagten hervor, daß ihm zugestellt ist). Von diesen fallen nun nicht alle unter die Bezeichnung „Prozeßvoraussetzungen", denn diese letzteren haben ja mit dem Handeln der Parteien im Prozeß nichts zu tun, sie liegen außerhalb dieses Rechtsstreits. Nicht also gehört beispielsweise zu den Prozeßvoraussetzungen: die Nichtinnehaltung der Einlassungsfrist, obschon sie einen ex officio zu berücksichtigenden Nichtigkeitsgrund abgibt, während z. B. die Unzuständigkeit des Gerichts als Mangel einer Prozeßvoraussetzung erscheint.[1])

[1]) Daher kann eine Prozeßvoraussetzung nie, ein Mangel einzelner Prozeßhandlungen unter Umständen nachträglich geheilt werden. Der Mangel der Prozeßvoraussetzungen kann dagegen wohl zu einem unwesentlichen degradiert werden.

Digitized by Google

Als dritte Kategorie treten uns diejenigen Prozeßhinderungsgründe entgegen, welche vom Beklagten geltend gemacht werden müssen, um berücksichtigt zu werden, so die Einrede der Rechtshängigkeit, der mangelnden Sicherheit für Prozeßkosten und daß die Kosten für einen früheren Prozeß noch nicht bezahlt seien. Solche Prozeßvoraussetzungen sind nur auf Antrag des Beklagten vom Gericht zu untersuchen, haben aber dann dieselben Wirkungen wie die übrigen, d. h. daß ein Sachurteil im Falle ihres Nichtvorhandenseins unmöglich ist. Gaupp-Stein[1]) trennt diese Prozeßhindernisse scharf von den Prozeßvoraussetzungen: „Daneben stehen aber auch Prozeßhindernisse, d. h. Tatsachen außerhalb der Prozeßhandlungen, die die Wirksamkeit des Prozesses, die Zulässigkeit jedes Sachurteils, auch des abweisenden, verhindern. Sie sind vom Beklagten geltend zu machen und von ihm in ihrer tatsächlichen Grundlage zu beweisen." Wie ersichtlich, faßt Gaupp-Stein den Begriff der Prozeßvoraussetzungen bedeutend enger, meiner Ansicht nach zu eng, und zwar, wie ich glaube, hauptsächlich wegen der Beweislast.[2])

Von einer einheitlichen Behandlung der vorstehenden Prozeßvoraussetzungen durch den Gesetzgeber ist keine Rede. Ihrer einheitlichen materiellen Bewertung als Prozeßvernichtungs- bezw. Hinderungstatbestände entspricht durchaus nicht die Regelung, welche die Prozeßordnung ihnen als einredebegründenden Grundlagen angedeihen läßt, indem sie aus all diesen Kategorien einzelne als „**prozeßhindernde Einreden**" herauslöst und diese besonderen Regeln unterstellt. Prozeßhindernde Einreden sind solche Einreden, welche — wenigstens im erstinstanzlichen landgerichtlichen Verfahren — es dem Beklagten ermöglichen, sich auf keinerlei Verhandlung zur Hauptsache einzulassen, bevor nicht über die Einrede abgesondert entschieden ist. Demnach muß diese Entscheidung regelmäßig durch Zwischenurteil vor Eintritt in die Prüfung des materiellen Anspruchs erfolgen; dieses Zwischenurteil ist in Ansehung der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen, so daß hier eine selbständige Berufung und Revision möglich ist.

An sich zerfallen diese prozeßhindernden Einreden nun weiter in zwei Klassen:

---

[1]) a. a. O. S. 612.

[2]) Wie Gaupp-Stein: Bülow a. a. O. S. 9 und Planck, Jur. WSchr. S. 11, 179. Meiner Ansicht: Seuffert u. Schmidt (a. a. O S. 179 ff.).

Digitized by Google

1. in Einreden, die einen stärkeren Nichtigkeitsgrund bedeuten — diese sind unverzichtbar, und

2. alle übrigen prozeßhindernden Einreden — diese sind verzichtbar.

Die letzteren müssen alle zusammen vor] Einlassung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden, widrigenfalls der Beklagte mit ihnen präkludiert ist. Unter ihnen hinwiederum müssen wir abermals zwei Klassen unterscheiden:

a) diejenigen, die ex officio zu prüfen sind, wenn der Beklagte überhaupt nicht erscheint resp. nicht zur Sache mündlich verhandelt, z. B. die Unzuständigkeit des Gerichts, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand nicht besteht;

b) solche, die vorgebracht werden müssen, damit sie überhaupt der richterlichen Beurteilung unterliegen, z. B. Rechtshängigkeit, mangelnde Sicherheit für Prozeßkosten und mangelnde Zahlung früherer Prozeßkosten (die Prozeßhindernisse nach der Terminologie von Gaupp-Stein).

Wir sehen demnach, daß alle Kategorien der Prozeßvoraussetzungen Grundlage prozeßhindernder Einreden sein können, daß aber andrerseits auch eine große Anzahl der Prozeßvoraussetzungen — negativ gesetzt — nicht den Tatbestand für eine solche abgibt.

Was hat den Gesetzgeber bewogen, aus der Summe der prozessualen Einreden diese prozeßhindernden als besondere aufzustellen?

Wir müssen, um auf diese Frage Antwort geben zu können, die besondere Wirkung der prozeßhindernden Einreden ins Auge fassen und sie in Gegensatz zu den *nicht*prozeßhindernden stellen. Da nun die prozeßhindernden Einreden nur auf *Prozeßvoraussetzungen* sich aufbauen, so ist der Gleichartigkeit halber eine Gegenüberstellung der die prozeßhindernden Einreden erzeugenden und *nicht* erzeugenden Prozeßvoraussetzungen von Vorteil. Die Prozeßvoraussetzungen, deren Mangel die Grundlage prozeßhindernder Einreden bildet, sind implizite im § 274 ZPO. alle enthalten (vgl. das Wörtchen „nur" im Abs. 2); es bleibt daher nur die Aufstellung der übrigen Prozeßvoraussetzungen als erforderlich übrig. Diese sind:

1. ordentliche Gerichtsbesetzung an Zahl und bezüglich gerichts-

Digitized by Google

verfassungsmäßiger Voraussetzung für die Ausübung des Richteramtes;

2. die Geeignetheit der Gerichtspersonen, insoweit sie weder judices inhabiles noch abgelehnte suspecti sein dürfen.[1])

Die dritte von Schmidt[2]) aufgeführte Voraussetzung der Postulationsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit der Partei oder des Vertreters, handelnd im Prozeß aufzutreten — nicht identisch mit Partei oder Prozeßfähigkeit — ist keine Prozeßvoraussetzung, sondern nur Voraussetzung zu einzelnen Prozeßhandlungen. Der Fall ist nur im Anwaltsprozeß gegeben, in dem selbst die an sich prozeßfähige Partei den Prozeß nicht führen kann, sondern nur ein bei dem Gericht zugelassener Anwalt. (Ausnahmen: im amtsgerichtlichen Verfahren, vor dem ersuchten und beauftragten Richter, bei Möglichkeit der Antragstellung zu Protokoll des Gerichtsschreibers, und wenn der Staatsanwalt ex officio in Ehe- usw. Sachen Klage erhebt.) Die von Schmidt auch der Postulationsfähigkeit zugeschriebene Eigenschaft als Prozeßvoraussetzung ist m. E. deshalb nicht richtig, weil die Bevollmächtigung des Rechtsanwalts Prozeß handeln und nicht außerhalb des Prozesses liegender Tatbestand ist. Dies geht daraus hervor, daß der Beklagte, falls er überhaupt sich in den Prozeß einlassen will, verpflichtet ist, einen bei dem betreffenden Gericht zugelassenen Anwalt zu bevollmächtigen. Hierzu wird er auch in der Klageschrift aufgefordert. Die Bestellung eines beim Gericht zugelassenen Rechtsanwalts ist also notwendige Prozeßhandlung, ebenso wie die Klageerhebung an sich. Ist einmal der Grundsatz der Postulationsfähigkeit aufgestellt, dann ist die Unterschrift des Rechtsanwalts in der Klageschrift bereits Prozeßhandlung. Im übrigen hat ja auch Schmidt die notwendigen Erfordernisse der Klageschrift nicht zu den Prozeßvoraussetzungen gerechnet.

Weiterhin gehört nicht zu den Prozeßvoraussetzungen das Nichtvorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung. Es tritt hier — wie ich bereits oben sagte — Verneinung des Rechtsschutzanspruchs ein; im übrigen ist das rechtskräftige Urteil im Wiederaufnahmeverfahren als Grundlage der Restitutionsklage anerkannt, so daß das rechtskräftig er-

[1]) A. M. Gaupp-Stein zu § 274 S. 612; ebenso Bülow, Ziv. Prax. 64, 31 Nr. 20; dafür Seuffert und Schmidt.

[2]) a. a. O. S. 801; ebenfalls von Gaupp-Stein a. a. O. S. 612.

Digitized by Google

gangene Urteil sogar ein später ergangenes rechtskräftiges Urteil nichtig macht.

Es bleiben demnach außer den Prozeßvoraussetzungen, deren Mangel prozeßhindernde Einreden begründet, nur noch solche Prozeßvoraussetzungen, welche sich auf die Person des Gerichts beziehen.

Die prozeßhindernden Einreden unterscheiden sich nun von den Einreden, die aus den sonstigen Prozeßvoraussetzungen entstehen, dadurch:

1. Die prozeßhindernden Einreden müssen alle zusammen und gleichzeitig — soweit sie verzichtbar sind, vor der Verhandlung zur Hauptsache — vorgebracht werden;

2. das Verhandeln wird abgeschnitten; die die Einreden vorbringende Partei braucht sich nicht auf irgendwelche sonstige Verhandlung einzulassen bis zur Entscheidung über sie;

3. es muß, wenn durch die Entscheidung die Einrede nicht anerkannt wird, ein Zwischenurteil ergehen, das mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbar ist, während bei den sonstigen Prozeßvoraussetzungen der Erlaß eines Zwischenurteils nicht notwendig ist, vielmehr eine einfache Abweisung in den Urteilsgründen genügt. Das letztere ist kurz zu erläutern:

Die über selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie über einen Zwischenstreit d. h. über Streitfragen prozessualer Natur (und hierzu gehört auch jeder Streit über das Vorliegen von Prozeßvoraussetzungen; vgl. Fitting) ergehenden Zwischenurteile sind im allgemeinen notwendige Teile des Endurteils und daher an sich nicht anfechtbar, vielmehr können sie nur mit dem Endurteil zusammen angefochten werden. Daher darf auch das Endurteil nicht von dem einmal im voraufgehenden Zwischenurteil festgestellten Tatbestand abweichen, vielmehr muß dieser Tatbestand dem endgültigen Urteil zugrunde gelegt werden. Ausnahmsweise ist das Zwischenurteil selbständig mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbar, und zwar in zwei Fällen, nämlich

1. wenn über Grund und Betrag Streit herrscht und über den Grund vorab entschieden ist, und

2. bei prozeßhindernden Einreden.

Die prozeßhindernden Einreden sind nun notwendigerweise deswegen Verhandlungshemmnisse, weil dem Gegner nicht zugemutet

Digitized by Google

werden kann, sich beim Ausstehen der Entscheidung über diese Prozeßvoraussetzungen in die Verhandlung zur Hauptsache einzulassen. Hierüber sind alle Schriftsteller einig. Warum aber nun der Mangel sonstiger Prozeßvoraussetzungen nicht dasselbe Ergebnis hat, dafür hat man noch keine triftigen Gründe gefunden. Es heißt einfach: das ist so, das „warum" findet man nirgendwo berücksichtigt. Auch die Motive sagen: „es kann dem Beklagten nicht zugemutet werden ..." Warum denn nicht? Etwa deswegen, weil der Kläger durch die Klage selbst schon seinen animus hostilis beweise und nun der Beklagte zu jedem Hilfsmittel greifen dürfe, um sich zu schützen und der verhaßten sachlichen Anssprache zu entgehen? Wir sehen, mit dem „zugemutet werden" läßt sich wieder alles beweisen: dem Beklagten kann auch nicht zugemutet werden, sich vor einem unrichtig besetzten Gericht in die Verhandlung zur Sache einzulassen! Es ist m. E. wiederum nur die Frage aufzuwerfen: Was behauptet der Kläger, wenn er die Klage anstrengt? Diese Behauptung des Klägers ist aber durchaus nicht mit der Behauptungslast im materiellen Recht zusammenzuwerfen, denn es ist falsch, daß der Kläger für alle Tatbestände, welche er durch Erhebung der Klage prozessual behauptet, nun auch die Behauptungslast trage. Durch Anstellung der Klage behauptet er, daß er vor das zuständige, und zwar gesetzliche, nicht durch Vertrag ausgeschlossene Gericht gehe, daß weiterhin er und sein Partner parteifähig seien, daß er ferner selbst oder durch seinen gesetzlichen Vertreter auch die Prozeßfähigkeit habe, daß auch keine früher anhängigen Prozesse über dieselbe Sache störend in den Gang der prozessualen Verhandlung eingreifen werden — alle diese Behauptungen stellt der Kläger sofort mit Klageerhebung auf. Er kann sie aufstellen, weil er darüber unterrichtet sein muß bezw. sich unterrichten kann. Eine einzige Ausnahme macht vielleicht die Prozeßfähigkeit des Beklagten, jedoch ist diese Prozeßfähigkeit für ihn zu behaupten notwendig, da sonst gar kein Verhandeln möglich ist. Mit anderen Worten: Der Kläger behauptet durch Klageerhebung alle die prozessualen Tatbestände, welche dem Beklagten gegenüber das Ergehen eines Sachurteils rechtfertigen; hingegen kann er nicht behaupten die rein internen Angelegenheiten des Gerichts, welches er in Anspruch nimmt. Daß also das Gericht ordnungsmäßig besetzt sei, daß die

Digitized by Google

Richter ihrer Qualifikation nach den Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes entsprechen, das kann der Kläger nicht voraussehen und nicht behaupten. Nehmen wir weiterhin einmal den Fall, der ja häufiger vorkommt, daß nur ein Gericht zuständig ist, der Kläger also nicht die Wahl zwischen mehreren Gerichten hat, so würde, wenn er die Inhabilität des Richters kannte, er überhaupt keine Klage anstrengen können. Des weiteren würde der Kläger selbst nie die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit durchdrücken können, da er ja selbst in der Klageschrift behauptet hätte, der zuständige Richter sei nicht befangen.[1]) Durch Erhebung der Klage behauptet der Kläger demnach nur die Voraussetzungen, welche in seiner Person oder in der des Beklagten liegen oder seinem Willen bezw. seiner Wahl unterstehen. Daß er für diese seine Behauptungen nun auch stets den Beweis zu führen habe, ist, wie ich bereits sagte, falsch, denn auch hier ist die Lehre vom normalen und anomalen Tatbestand — natürlich auf die prozessuale Seite zugeschnitten — anwendbar. Deswegen ist z. B. die Einrede der Rechtshängigkeit, die Einrede, daß der Rechtsstreit vor ein Schiedsgericht gehöre, daß die Kosten eines früheren Prozesses noch nicht bezahlt seien, vom Beklagten zu beweisen. Schwierigkeit macht die Frage nach der Beweislast bei der mangelnden Prozeßfähigkeit und der mangelnden gesetzlichen Vertretung. Gaupp-Stein legt demjenigen den Beweis auf, der aus der Partei- und Prozeßfähigkeit Rechte für sich herleitet, also hinsichtlich der Prozeß- und Parteifähigkeit beider Parteien zunächst dem Kläger, bei Beantragung eines Versäumnisurteils aber dem Antragsteller. Ebenso auch Schmidt.[2]) Jedoch fällt hier schwer ins Gewicht, daß die Partei- und Prozeßfähigkeit sich nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs richtet, und daß daher, wenn wir der Ansicht Gaupp-Steins beipflichten wollen, die unliebsame Entscheidung ergehen müßte, daß bezüglich der Prozeßfähigkeit der Kläger, bezüglich der Geschäftsfähigkeit in materieller Hinsicht der Beklagte zu beweisen habe. Nun ist

---

[1]) Gaupp-Stein S. 612 will allerdings die Ausschließung bezw. Befangenheit des Richters nicht als Prozeßvoraussetzung gelten lassen. Nur ihre Wirkung beim Urteil sei dem Mangel einer Prozeßvoraussetzung ähnlich. Wie im Text entscheidet Schmidt a. a. O. S. 801.

[2]) a. a. O. S. 447.

Digitized by Google

aber das eine als richtig wohl zu berücksichtigen, daß es sich nämlich bei Abschluß des Vertrages im allgemeinen um eine frühere Zeit als die der Klageerhebung handelt, so daß die Erörterung über die Prozeßfähigkeit nicht identisch ist mit der Erörterung darüber, ob die Partei zur Zeit des Geschäftsabschlusses geschäftsfähig gewesen sei. Wir können uns demnach auch mit diesem Resultate zufrieden geben.

Überall dort nun, wo der Kläger irgend eine Behauptung durch die Klage aufgestellt hat, liegt beim Bestreiten der Tatbestand einer prozeßhindernden Einrede vor. Der Beklagte rügt den vorhandenen Mangel der vom Kläger als existent angegebenen Prozeßvoraussetzungen. Teilweise ist dieser Mangel auch in gewissen Fällen von Amtswegen durch das Gericht zu berücksichtigen, so daß der Ausdruck „prozeßhindernde Einrede" eine eigentümliche Erweiterung des Begriffes Einrede bedeutet, doch ist daran festzuhalten, daß der Beklagte, selbst wenn das Gericht von Amtswegen prüfen muß, durch seine Einrede den Anstoß zu dieser Prüfung geben kann, und zwar nur der Beklagte, nicht aber hat der Kläger das Recht, diese Einreden zu benutzen; er würde ja auch dadurch seine eigene Behauptung verneinen. Im Gegensatz hierzu steht die Behauptung des Mangels der sonstigen Prozeßvoraussetzungen aus naheliegenden Gründen gemäß obiger Konstruktion sowohl dem Kläger wie dem Beklagten zu. Doch ist auch in den Fällen, wo das Gericht von Amtswegen das Vorliegen von prozeßhindernden Einreden zu prüfen hat, nun nicht gesagt, daß nun das Gericht selbst Beweismittel für die Prüfung beizubringen habe. Dies liegt auch bei den von Amtswegen zu prüfenden Tatbeständen derjenigen Partei ob, welche Rechtsfolgen zu ihren Gunsten daraus herleiten will (vgl. über das Nähere auch noch den Abschnitt in dieser Arbeit über die Beweislast).

Die Fälle des nachträglichen Fortfalls der notwendigen Prozeßvoraussetzungen sind nicht selten, z. B. eine Partei stirbt oder ein Richter kommt in die Lage, in der er z. B. als Verlobter einer Partei von dem Richteramte kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, oder aber, ein Schiedsvertrag wird im Laufe des Prozesses von den Parteien abgeschlossen. Diese Fälle sind prinzipiell genau so zu behandeln, wie die des anfänglichen Mangels von Prozeßvoraussetzungen, jedoch hat das Gesetz einzelne von ihnen besonders ausgezeichnet, und zwar sei es durch die Vorschrift, daß Stillstand des Verfahrens eintrete, sei es dadurch, daß sie für den einzelnen Fall, z. B. das nachträgliche Eintreten

Digitized by Google

besonderer Umstände, die einen Richter von der Ausübung des Richteramts ausschließen, im Gerichtsverfassungsgesetz Bestimmungen getroffen hat, sei es endlich, daß der betr. Umstand durch prozeßhindernde Einrede von einer Partei ausdrücklich geltend gemacht werden muß.

Außerhalb der Prozeßvoraussetzungen gibt es noch eine ganze Menge prozessualer Tatbestände, die Einredemöglichkeit involvieren. Diese prozessualen Tatbestände sind nirgendwo erschöpfend zusammengestellt, sie ergeben sich aus dem Prozeßverlauf selbst, z. B. mangelhafte Klageerhebung,[1]) mangelhafte Ladung, unstatthafte Klageänderung, Unstatthaftigkeit der Feststellungsklage, der Widerklage usw. Der Beweis liegt auch hier demjenigen ob, der aus dem Nichtvorhandensein der gerügten Mängel Rechte für sich herleitet.

Die Mängel der einzelnen Prozeßhandlungen haben ganz verschiedene Folgen. Teilweise führen sie zur Abweisung der Klage ex officio, teilweise besteht ihre Wirkung nur in einer eventuellen Auferlegung der Kosten, die durch mangelhafte Prozeßhandlungen entstanden sind, und in der Notwendigkeit ihrer Nachholung. Ob ihre Anwesenheit von Amtswegen zu berücksichtigen oder nur auf Parteivorbringen hin festzustellen ist, läßt sich aus den einzelnen Prozeßvorschriften leicht entnehmen, Besonderheiten in ihrer rechtlichen Behandlung treten nicht hervor.

Was die Reihenfolge, in der die prozeßhindernden Einreden untereinander und die Mängel einzelner Prozeßhandlungen abzuurteilen bezw. zur Entscheidung zu bringen sind, betrifft, so ist in der Zivilprozeßordnung hierüber keine nähere Vorschrift zu finden. Praktische Gesichtspunkte sind hier maßgebend, insbesondere der Gesichtspunkt ihrer Abhängigkeit voneinander.[2])

---

[1]) Sie unterliegt der Rüge des Beklagten gemäß § 295 ZPO. Die Anwendbarkeit dieses Paragraphen folgt daraus, daß eine Klageänderung in jeder Lage des Rechtsstreits vom Beklagten zugelassen werden kann, also dem letzteren eine Disposition über diese wesentlichen Momente zukommt. Erscheint der Beklagte nicht, dann ist die Abwesenheit von Mängeln ex officio festzustellen.

[2]) Ausführlich über die Reihenfolge vgl. Levy in Busch, Zeitschr. f. ZP. Bd. 20 und Gaupp-Stein a. a. O. S. 613.

Digitized by Google

Die Beweislaſt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Nachdem wir nunmehr die Struktur der materiellrechtlichen und prozessualen Einrede erörtert haben, kommen wir zum zweiten Teile unserer Abhandlung, zur Beweislastregelung, die ja mit der Geltendmachung der beiden Einreden im Prozeß im engsten Zusammenhang steht.

Von jeher war man sich darüber uneinig, in welches Gebiet eigentlich die Beweislastlehre gehöre, ob ins materielle oder ins Prozeßrecht. Bei Beratung der Zivilprozeßordnung im Jahre 1877 wurde diese Frage wieder akut. Die vielfach zugrunde gelegte württembergische Prozeßordnung hatte im Art. 410 eine allgemeine Beweislastregelung — wenn auch nur in großen Zügen — aufgestellt. Der Entwurf der Zivilprozeßordnung schloß sich dieser Ansicht, daß es Aufgabe des Prozeßrechtes sei, die Beweislast zu regeln, nicht an, sondern erklärte: „Die Lehre von der Beweislast gehört ins materielle Recht."[1])

Damit war die Regelung dem kommenden Bürgerlichen Gesetzbuch überlassen und stellte daher der erste Entwurf desselben einige Hauptgrundsätze in den §§ 193—198 auf. Sie wurden indes nicht aufrechterhalten, sondern bei der zweiten Lesung wieder gestrichen. Nur den damaligen § 198 behielt man bei und verwies ihn als § 264a in die Zivilprozeßordnung: „Tatsachen, über deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, bedürfen keines Beweises. Der Beweis des Gegenteils ist zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Der Beweis kann auch durch Eideszuschiebung gemäß den §§ 410 ff. geführt werden" (heute §§ 291, 292 ZPO. in etwas veränderter, sachlich nicht abweichender Fassung). Die Frage, welchem Gebiete — ob dem prozessualen oder materiellen Recht — die Beweislast angehöre, wurde von der Kommission unbeantwortet gelassen, so daß der Meinungsstreit über diesen Punkt ungelöst fortbestand und fortbesteht. Neuerdings hat man vielfach die Frage dadurch zu lösen gesucht, daß man eine Teilung der Beweislast vornahm und die sogenannte materielle Beweislast in Gegensatz zur prozessualen setzte.[2]) Man hat

[1]) Mot. zur ZPO. S. 201.

[2]) So Rosenberg, Die Beweislast nach der ZPO. u. dem BGB. 1900;

Digitized by Google

gesagt: durch die Regelung der „materiellen Beweislast" werde die Frage nach den „objektiven Daseinsbedingungen des geltend gemachten Rechts" entschieden, die Frage, ob eine Tatsache oder Negation Voraussetzung des Bestehens oder Nichtbestehens des fraglichen Rechts sei. Die Beantwortung der Frage ergäbe sich aus den Normen des objektiven Rechts. Demgegenüber enthalte die „prozessuale Beweislast" die Verpflichtung, den Richter durch eigene Tätigkeit von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts zu überzeugen. Die Trennung sei also etwas Selbstverständliches, da zwischen den beiden Fragen ein Zusammenhang nicht bestehe.[1])

Ich halte diese strikte Trennung für verfehlt. Mit dem Begriff „beweisen" verbinden wir notwendig den des Prozesses, und eine „materielle Beweislast", die mit dem Prozeß in „keinem Zusammenhang steht", ist nicht denkbar. Meines Erachtens gehören die Beweislastregeln, d. h. die Regeln, die die Fragen sowohl nach dem Subjekt wie nach dem Objekt der Beweisführung umfassen, ebenso dem materiellen wie prozessualen Rechte an.

Ein Unterschied ist zu machen zwischen Feststellungs- oder Behauptungslast und Beweislast im e. S. Die beiden Begriffe bleiben aber in einem engen Zusammenhang, wenngleich ersterer mehr die materiellrechtliche, letzterer mehr die prozessuale Seite berührt. Einer Partei liegt die Behauptungslast ob, heißt: sie muß alles behaupten, was nach den Regeln des materiellen Rechts für den Anspruch erheblich, „relevant" ist, sie muß ihren Anspruch gehörig „substantiieren". Wenn das Behauptete nun weder zugestanden noch unbestritten, weder offen- noch gerichtskundig ist und auch keine Rechtsvermutung dafür streitet, so kommt es zum Beweis. Es gilt dann, dem Richter die Überzeugung beizubringen, daß die Behauptungen der Wirklichkeit entsprechen. Praktisch wird dies natürlich nur im Prozeß.[2]) Wenn wir also von „Beweislast" sprechen, so supponieren wir stillschweigend,

---

Kreß, Zur Lehre von der Beweislast nach dem BGB. 1899; und vor allem Beckh, Die Beweislast nach dem BGB. 1899.

[1]) vgl. Beckh a. a. O. S. 1 ff.

[2]) Von diesem praktischen Gesichtspunkt aus betrachtet, kann man ja wohl die Beweislast als „Rückgrat des Zivilprozesses" bezeichnen, und insofern ist sie auch „kernprozessualer Natur". So Schmidt, Fitting, Gaupp-Stein, Kohler u. a.

Digitized by Google

daß eine behauptete Tatsache bestritten ist oder jedenfalls nicht feststeht.

Beide Begriffe zusammen bilden die Beweislast i. w. S. und ihre Regeln finden wir sowohl im materiellen wie formellen Recht. Aber weder das eine noch das andere hat es unternommen, eine allgemeine Regelung gesetzlich festzulegen. Wir finden die einschlägigen Bestimmungen bei den einzelnen Materien zerstreut. Sie aufzusuchen und die Beweislastregeln zu konstruieren, ist Sache der Wissenschaft.

Es dürfte von Wert sein, zunächst einmal zu erfahren, wie die **Beweislast sich im Lichte der historischen Entwicklung** darstellt. Die Bedeutung dieser allgemeinen Entwicklung der Beweislastlehre wird auch für unser beschränktes Thema deswegen von großer Wichtigkeit sein, weil ja gerade die Beweislast bei der Einrede die schwierigsten Probleme zu deuten gibt.

Das römische Recht kannte zwei Hauptregeln der Beweislast:

1. ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat,[1])
2. reus excipiendo actor est.[2])

Als Folgesätze zu 1. ergeben sich: „actore non probante reus absolvitur, etsi nihil probaverit“ und „cum per rerum naturam factum negantis nulla sit“.[3])

Die einfach erscheinende Lösung obiger Sätze war die, daß Negationen nicht bewiesen zu werden brauchten, sondern nur die positiven Behauptungen; doch scheint nach l. 10 D. de verborum obligatione XLV, 1 und l. 8 D. de prob. et praes. XXII, 3 diese Auffassung nicht richtig zu sein. Das gleiche geht hervor aus l. 25 de prob. et praes. XXII, 3, denn bei der condictio indebiti war ungeteilter Ansicht nach die Zahlung einer Nichtschuld zu beweisen, d. h. der Beweis notwendig, daß man das Gezahlte nicht schuldig sei. Die dem römischen Rechte eigentümliche Regelung, daß wenn der Beklagte leugnete, das Geld überhaupt erhalten zu haben, und er dessen überführt wurde, der Beweis der Nichtschuld nicht mehr erhoben zu werden brauchte, war nichts anderes als die Setzung eines

[1]) l. 2 D. de prob. et praes. XXII, 3.
[2]) cf. l. 19 D. de prob. et praes. XXII, 3.
[3]) l. 4 Cod. de edendo II, 1 u. l. 23 C. de prob. IV, 19.

Digitized by Google

Motivs für den Beklagten, nun die Empfangnahme des Geldes einzugestehen, also eine Art prozeßpolitischer Bestimmung. Hat aber der Beklagte den Empfang der Leistung zugestanden, dann muß Kläger beweisen, daß er die Leistung nicht schuldig gewesen sei.

Auch den Glossatoren scheint die Tatsache, daß auch Negationen event. bewiesen werden müßten, nicht verborgen geblieben zu sein; vgl. die Glosse zu l. 2 D. de prob. et praes. XXII, 3: „certe si diligenter attendas, non est aliqua negativa, quae tacitam non habeat affirmativam."

Über den Grund, weshalb negative Behauptungen nicht bewiesen zu werden brauchten, waren die Ansichten geteilt: Die einen behaupten, der im Corpus juris niedergelegte Gesetzeswille genüge, um den Beweis von Negativbehauptungen auszuschließen, die anderen — unter ihnen zuerst Irnerius — erklären diesen Beweis für unmöglich. Die ersteren — die Vertreter der sogen. Präsumtionstheorie[1]) — behaupten nun nicht, daß bei jeder Negativbehauptung der Beweis durch den Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen sei, sie unterscheiden vielmehr zwischen real-verneinenden und real-bejahenden Negativbehauptungen. Real-verneinende Behauptungen werden von ihnen diejenigen genannt, welche die Fortdauer eines früheren Zustandes ausdrücken, sie sind keines Beweises bedürftig, während die realbejahenden Verneinungen — solche, die eine Änderung des früheren Zustandes ausdrücken — des Beweises bedürfen. Die Begründung wird dahin gegeben, daß für die Fortdauer eines Zustandes eine Rechtsvermutung streitet, insbesondere „daß die Wahrscheinlichkeit, daß von den unendlich vielen möglichen Veränderungen des Zustandes der Dinge sich andere zugetragen haben, weit größer sei als die, daß sich gerade diejenige, welche behauptet werde, zugetragen habe".[2])

Ich kann weder zugeben, daß es sich um eine Rechtsvermutung handelt, noch auch, daß hier ein Erfahrungssatz eingreife, denn die Veränderung eines Zustandes hat m. E. ebensoviel Wahrscheinlichkeit für sich wie die Fortdauer.[3]) Der Satz Schneiders ist von Fitting[4])

[1]) Z. B. Schneider, Rizy, Fitting.

[2]) vgl. Schneider, Die Lehre vom rechtlichen Beweise, Gießen 1842.

[3]) vgl. hierzu Reinhold, Die Lehre von der Beweislast, bei Busch XX S. 116ff.

[4]) Fitting in Zeitschr. f. ZP. Bd. 13, 1.

Digitized by Google

weiter ausgebildet worden, indem dieser erklärt, daß nur die Kausalität als verändernde Ursache des Beweises bedürfe. Grund der Änderung könne aber nur eine neue Ursache sein. Hiergegen ist zu sagen:

1. es ist normal und liegt im Wesen der Dinge, daß sie sich verändern, weiterhin

2. daraus, daß die Veränderung eine Ursache hat, ist nicht zu schließen, daß nun, solange die verändernde Ursache nicht bewiesen ist, keine Veränderung eingetreten wäre. Für meine Behauptung zu 2 sprechen sogar positive Rechtssätze, so z. B. die Vorschriften über die Ersitzung (§§ 900, 937 f. BGB.). Hier kann auch ohne äußere Ursache eine Änderung des Rechtszustandes eintreten.

Aus der Schneider-Fittingschen Theorie ergäbe sich, wenn sie richtig wäre, nur eine Folgerung für die Beweislastfrage, nämlich die, daß das Fortbestehen eines Rechtsverhältnisses so lange gälte, als nicht der Gegenbeweis erbracht wäre.

Andere Verteidiger des Satzes: „affirmanti, non neganti incumbit probatio" stellen die Behauptung auf, eine Negation könne nicht bewiesen werden. Doch ist m. E. auch dieser Ansicht nicht beizupflichten:

1. Durch den Beweis der entgegengesetzten Affirmation kann man den negativen Tatbestand beweisen; z. B. ich behaupte, ich sei an einem bestimmten Tage und zu einer bestimmten Stunde in Heidelberg gewesen. Kann ich es beweisen, so ist es klar, daß ich zu derselben Zeit nicht in Köln gewesen bin.

2. Das Entstehen eines Rechts stützt sich niemals auf reine Negationen. Nur durch Angabe von Ort, Zeit und sonstigen Verhältnissen wird die Negation aus einem abstrakten Begriff zum konkreten Tatbestand, nur dadurch wird sie zur Behauptung von etwas Real-Wirklichem.

3. Endlich handelt es sich beim Prozeß nicht um einen mathematischen Beweis, sondern nur darum, den Richter von einer tatsächlichen Behauptung zu überzeugen. — Man kann also im Prozeß gar keine reinen Negationen vorbringen, auch die Klageleugnung ist nicht als abstrakter Begriff aufzufassen. Da aber feststeht, daß die Römer den Beweis der Negation bei der condictio indebiti gekannt haben, so bleibt Fitting nichts anderes übrig, als diesen Fall als Ausnahme zu konstruieren, der die Regelung der condictio indebiti bei Pupillen

Digitized by Google

und Soldaten als Regelfall gegenüberstände; er beruft sich besonders auf die Stelle: „sin vero ab initio confiteatur quidem, accepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Fitting sagt: Hier handele es sich, wie der Gesetzgeber selbst zugebe, um eine Rechtsvermutung, die ja natürlich die Hauptregel der Beweislast durchbreche. M. E. spricht gegen diese Auffassung das „nemo dubitat"; es handelt sich hier gar nicht um eine Rechtsvermutung, sondern um einen Appell an den gesunden Menschenverstand. Ob außerdem das Wort praesumtio im römischen Recht heute überhaupt mit Rechtsvermutung durchweg übersetzt werden kann, scheint mir sehr zweifelhaft zu sein.

M. E. sagt der Satz: „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat" nichts anderes als: Der Kläger hat die Klagetatsachen zu beweisen. Richtig sagt Crome[1]): „Verworfen ist heute allgemein die altertümliche Regel: negativa non sunt probanda. Wertlos ist auch die Parömie: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat (l. 2 D. de prob. XXII, 3). Richtig verstanden bedeutet sie nichts anderes, als daß das bloße Ableugnen der Klagetatsachen den Leugnenden nicht zum Beweise verpflichte."

Es sei hier noch anmerkungsweise hinzugefügt, daß auch das kanonische Recht die Möglichkeit des Beweises von Negativtatsachen direkt zugibt; cf. c. 23 X de electione et electi pot. 1, 6: „. . . et pro his quae a judice sunt acta praesumitur, quod omnia rite fuerint celebrata; quamvis et quod citati non fuerint, non posset de facili comprobari, quia negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio, quum etsi quilibet de se posset asserere, quod ad eum citatio minime pervenisset, singuli tamen vestrum essent in suo testimonio singulares." Der Papst führt hier aus, daß ein direkter Beweis von negativen Tatsachen nicht leicht sei, stützt sich aber bei seiner definitiven Entscheidung gar nicht auf diese Feststellung, und zwar deswegen nicht, weil er schon genügend Gründe für die Abweisung des Wormser Bischofs zu haben vorgibt, z. B. Wahlbeeinflussung. Die praesumtio ist hier m. E. Rechts-

[1]) Crome Bd. 1 S. 559 Anm. 11. Im übrigen vgl. die von Cüppers a. a. O. S. 41 Anm. 86 angegebenen Fälle.

Digitized by Google

vermutung, und zwar deswegen, weil eine solche überhaupt für die Vornahme behördlich formeller Akte spricht. Denselben Satz haben wir heute in unserer Reichszivilprozeßordnung bezüglich der öffentlichen Urkunden noch schärfer betont.

Als Ergebnis unserer bisherigen Prüfung läßt sich mit Petersen[1]) sagen: „Es ist die sogen. „Präsumtionstheorie", nach welcher die größere Wahrscheinlichkeit der einen oder anderen Behauptung für die Beweispflicht bestimmend sein sollte, ebenso aufgegeben, wie die „Bejahungstheorie", welche davon ausging, bejahende Behauptungen müßten stets, bloße Negationen nie bewiesen werden. Daß zur Begründung des Anspruchs der Nachweis der Entstehung genügt und nicht auch dessen Fortdauer nachgewiesen werden muß, ist unbestritten."

Wie wir sehen, gibt uns das römische Recht über die Beweislastregeln keine sichere Auskunft; wenden wir uns daher **der modernen Doktrin** zu.

Die Beweislastregeln, welche im Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommen, sind nicht allgemeiner Natur, sondern beschränken sich darauf, von Fall zu Fall zu entscheiden. Häufig hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch indirekt durch seine Fassung „wenn nicht", „es sei denn", „sofern nicht" ausgedrückt, wem die Beweislast obliegen solle. Doch handelt es sich hier — wie ich mit Crome[2]) annehme — nur um „Andeutungen, die nicht in allen Fällen ein zweifelfreies Ergebnis liefern, namentlich nicht in den Fällen einer komplizierten Satzkonstruktion".

Planck und Küntzel scheinen mir zu weit zu gehen, wenn sie diesen Worten und insbesondere der Stellung des „nicht" eine viel weittragendere Bedeutung zumessen. Für uns kann es sich nur darum handeln, aus der Natur der Sache heraus die Beweislastregeln zu erklären. Zunächst ist der Kläger derjenige, der das Gericht in Anspruch nimmt und von diesem etwas verlangt. Er wird also den Richter von dem Dasein seines Rechts überzeugen müssen. Es müßte demnach der Natur der Sache entsprechend der Kläger alles beweisen, was dazu dient, dem Richter diese Überzeugung beizubringen. Jedoch werden wir bei näherer Prüfung sehen, daß dies einer Einschränkung

[1]) Petersen a. a. O. S. 61 Anm. 1 u. 2.
[2]) a. a. O. Bd. 1 S. 565.

Digitized by Google

bedarf. Es wäre unbillig, wenn der Kläger nun auch all und jede Behauptung des Beklagten durch seinen Beweis entkräften und das Nichtvorhandensein eines (vom Beklagten behaupteten) auch noch so entfernt liegenden Umstandes nachweisen müßte. Es wird vielmehr der Billigkeit halber eine Teilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagten einzutreten haben. Wenn das Gesetz von der „Beweispflicht" und der „beweispflichtigen Partei"[1]) spricht, so ist das Wort Verpflichtung hier nicht im technischen Sinne gebraucht. Eine solche Pflicht — eine staatlich erzwingbare, gerichtlich durchführbare Verpflichtung — besteht nicht; eine Partei, die sich nicht am Beweisen beteiligt, schädigt sich selbst, und durch den drohenden Nachteil soll sie eben zur Übernahme des Beweises angehalten werden. Es handelt sich hier um sogen. „Interessezwang".[2]) Bevor wir auf diese Teilung der Beweislast eingehen, sind zunächst einige besondere Begriffe klarzulegen, damit in der Ausführung selbst nur auf dieselben verwiesen zu werden braucht. Wie im wirtschaftlichen Leben gewisse Dinge und Zustände als normal und andere wieder als nicht normal gelten, so unterscheidet man auch im Recht zwischen Normalem und Nichtnormalem, indem man das Normale als Regel, das Nichtnormale als Ausnahme betrachtet.[3])

Es erhebt sich nun die Frage: Was ist normal, was ist Ausnahmetatbestand?

Die Antwort läßt sich gemäß Obigem in zweierlei geben: Normal ist, was dem wirtschaftlichen Leben als Regelfall erscheint, oder normal ist, was der Rechtssatzung als Regelfall erscheint.

Das wirtschaftlich Normale ist durchaus nicht stets auch das nach der Rechtssatzung Normale, so z. B. kommt es wirtschaftlich sehr häufig vor und kann wirtschaftlich als durchaus normal bezeichnet werden, daß ein Minderjähriger kleinere Einkäufe besorgt, ohne dazu einer besonderen Genehmigung seines Vormundes zu bedürfen, während der Rechtsregel gemäß das Rechtsgeschäft des Minderjährigen etwas

---

[1]) Z. B. ZPO. § 447: Eine nicht „beweispflichtige Partei" übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die „Beweispflicht".

[2]) vgl. Weismann a. a. O. I S. 113, IV.

[3]) vgl. Regelsberger a. a. O. S. 696; Fitting a. a. O. S. 47 ff.; derf. in der Zeitschr. f. Zivilprozeß (Sonderabdruck) 1888: Die Grundlagen der Beweislast.

Digitized by Google

Anomales, von der Einwilligung resp. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters Abhängiges ist. Die Theorie vom normalen Tatbestand hat zuerst Bethmann-Hollweg aufgestellt. Ihm trat Betzinger gegenüber, der in seiner Monographie zu dem Endresultat kommt, daß Bethmann-Hollweg nur eine ungekannte Größe durch eine weitere ersetzt habe. Hier einsetzend hat Planck zunächst versucht eine Deutung zu geben, indem er sagt: die Überzeugung des Richters entscheide darüber, was Regel- und was Ausnahmetatbestand sei. Es müßten so viele Tatsachen von einer Partei bewiesen werden, daß die Annahme, das betr. Recht existiere nicht, unverständlich erscheine. Gegen diese Ansicht würden vor allem zwei Gründe anzuführen sein:

1. Die Plancksche Meinung stellt den Subjektivismus des Richters zu sehr in den Vordergrund. Die Auferlegung der Beweislast ist eine sehr subtile und wichtige Angelegenheit, ein Fehler kann hier die verderblichsten Folgen haben. Was ich im Zivilprozeß der einen Partei gebe, nehme ich der anderen Partei. Das Unrecht macht sich hier viel schärfer bemerkbar als im Strafprozeß deswegen, weil im Strafprozeß wenigstens die eine Möglichkeit besteht, den Angeklagten wegen mangelnden Beweises freizusprechen, während hier im Zivilprozeß einem Sieger stets ein Besiegter gegenüber steht. Gerade die Auferlegung der Beweislast entscheidet in denjenigen Fällen den Prozeß, wo andere Beweismittel nicht zu haben sind und jede Partei — sei es gut- oder schlechtgläubig — den Eid zu leisten sich erbietet. Nun will Planck die Auferlegung der Beweislast dem einfachen Ermessen des Richters anheimstellen. Hier würde jeder Richter das, was ihm gut schiene, sich von der Partei beweisen lassen können — der eine mehr, der andere weniger, der eine von dieser, der andere von jener Partei — alle aber könnten sich darauf berufen, daß sie, von ihrem subjektiven Standpunkt aus, sich von der Partei die Regeltatsachen hätten beweisen lassen.

2. Als zweiter Punkt wäre gegenüber der Plancksche Deutung zu erwähnen, daß gemäß § 447 ZPO. stets die beweispflichtige Partei den Eid zuzuschieben hat. Die Zivilprozeßordnung operiert hier mit einem Begriff, der als solcher gesetzlicher Regelung unterstellt ist. Ein solcher Begriff kann nicht von der Überzeugung des Richters allein abhängig gemacht werden. Dazu wäre noch hinzuzufügen, daß der Einwand, die Eideszuschiebung sei nicht von der

Digitized by Google

beweispflichtigen Partei erfolgt — wenn wir der Planckschen Ansicht folgen —, keinen Revisionsgrund abgebe, weil ja dann keine Gesetzesverletzung zu konstatieren wäre.

Endlich hat Zitelmann aus den verschiedenen im Bürgerlichen Gesetzbuch verstreuten Beweislastregeln, insbesondere aus den unzweifelhaft für die Einzelfälle gesetzlich festgelegten Bestimmungen, den leitenden Gedanken zu finden gesucht. Doch ist wohl zu bemerken, daß hier eine vorsichtige Interpretation erfolgen muß, insofern als der Gesetzgeber — wie ich zur Ansicht Zitelmanns ergänzend hinzufügen möchte — in der Summe der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Regelung der Beweislast niedergelegt hat; aus den einzelnen Vorschriften ist zu interpretieren, was Normalfall, was Ausnahmefall im rechtlichen Sinne sein soll.

Daneben bleibt bestehen, daß auch in der Zivilprozeßordnung einige Regeln über die Beweislast aufgestellt sind, so insbesondere, daß bei Notorietät der Beweis nicht notwendig ist, ferner daß Rechtssätze nicht bewiesen zu werden brauchen, des weiteren die Wirkung einer Rechtsvermutung u. a. m. Die hier in der Zivilprozeßordnung gegebenen Bestimmungen sind allerdings allgemein gehalten, geben aber für die Verteilung der Beweislast schon infolge ihrer Beschränkung auf einzelne ganz bestimmte seltnere Fälle keine genügende Grundlage, um ein System der Beweislast darauf aufzubauen.

Wenn wir demnach auf das Bürgerliche Gesetzbuch zurückgreifen, so werden wir m. E. annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber eine grundsätzlich neue Ordnung der Beweislast nicht hat vornehmen wollen, denn sonst würde er ohne Zweifel ausdrücklich darauf hingewiesen haben, daß prinzipielle Änderungen beabsichtigt seien. Wir können daher als Auslegungsmittel auch noch die Praxis, wie sie kurz vor Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches vorlag, sowie die im Entwurf I enthaltenen Beweislastregeln heranziehen. Doch ist natürlich immer daran festzuhalten, daß Praxis und Entwurf vor dem geltenden Rechte zurückstehen müssen.

Zitelmann hat nun — die Theorie des Normalen und Nichtnormalen weiter ausbauend — den Satz aufstellen zu können geglaubt, daß die Antwort auf die Frage, warum im gegebenen Falle der eine oder andere Umstand normal oder anomal sei, grundlegend dahin gegeben werden müsse: weil eine Rechtsvermutung für das Nichtvor-

Digitized by Google

handensein von Anomalien bestehe. Den weiteren Ausbau dieser Ansicht Zitelmanns versucht Cüppers,[1]) indem er ausführt, daß es sich bei der Beweislastfrage um Gewohnheitsrecht handele, daher auch keine Tatsachenvermutung, sondern eine Rechtsvermutung vorliege. Das Gewohnheitsrecht beruht nach ihm darauf, daß der Satz, Anomalien brauchten nicht bewiesen zu werden, einer jener Sätze sei, von deren Notwendigkeit und Richtigkeit eine so starke und allgemeine Überzeugung sich gebildet habe, daß man sie heute als ganz selbstverständlich ansehe. Sie sollen also Rechtsnormen geworden sein — gemeines deutsches Reichsgewohnheitsrecht. Ich kann mich diesen Ausführungen Cüppers, vor allem in diesem letzten Punkte, nicht anschließen. Von einem gemeinen deutschen Reichsgewohnheitsrecht kann hier m. E. noch nicht die Rede sein. Gerade in der Beweislastfrage haben sich die widersprechendsten Meinungen gebildet, und es mag noch manches Jahr vergehen, bis sich überhaupt mal eine feststehende Praxis entwickelt hat.

Es ist demnach zunächst zu versuchen, die Beweislastregeln aus der geschriebenen Rechtsnorm herzuleiten.[2])

An erster Stelle dürfte der § 282 BGB. zu untersuchen sein. Derselbe sagt: „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner." Dieser Paragraph hat — da er im allgemeinen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse steht — eine allgemeine Bedeutung. Man kann daher mit einiger Wahrscheinlichkeit sagen, daß er der Ausfluß einer Regel ist. Der Schuldner hat also zu beweisen, daß bei Unmöglichkeit der von ihm geschuldeten Leistung ein Verschulden seinerseits nicht vorliegt. Nun ist aber Voraussetzung des Schadensersatzanspruches des Klägers, daß der Schuldner schuldhafterweise die Leistung unmöglich gemacht hat (§ 275 BGB.). Man sollte daher meinen, in diesem § 282 den Beweis für die Unrichtigkeit der heute herrschenden Lehre zu erblicken, daß der Kläger die rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen habe, d. h. diejenigen, welche normalerweise das klägerische Recht zur Entstehung gelangen

---

[1]) a. a. O. S. 60.

[2]) Ausdrückliche Bestimmungen über die Beweislast enthält das BGB. z. B. in den §§ 179, 1, 282, 345, 358, 363, 542 Abs. 3, 636 Abs. 2, 2336, 2338, 2.

Digitized by Google

lassen. Dem ist aber nicht so; es entspricht vielmehr der Satz, daß der Schuldner das Nichtvorhandensein von Verschulden auf seiner Seite beweisen müsse — wie ich unten näher erläutern werde — dem allgemeinen Gesichtspunkte, daß — wenn einmal feststeht, daß eine Verpflichtung zur Leistung entstanden ist — dann der Schuldner beweisen muß, daß die Leistung nicht schuldhafterweise unmöglich geworden ist, um sich von seiner Leistungspflicht zu befreien. Er wäre eigentlich zur Leistung verpflichtet — ihn trifft also die Beweislast für die von ihm behauptete schuldlose Unmöglichkeit. Das gleiche gilt dann, wenn der Gläubiger unter Hinweis darauf, daß dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden sei, Schadensersatz verlangt, während der Schuldner die Möglichkeit der Leistung behauptet. Ebenso zu behandeln ist der Fall in den §§ 345 und 358, falls die Leistung in einem Unterlassen besteht. Als Regel würde demnach vermutlich aufzustellen sein: **Kläger hat nur das Einmalentstandensein eines Rechtes zu beweisen, der Beklagte aber das Erlöschen.**

Der Beweis dieser Regel läßt sich aus dem korrespondierenden Deliktstatbestand erhärten: Warum muß beim Vorliegen von Deliktstatbeständen der Kläger das Verschulden beweisen? Der Unterschied der rechtlichen Behandlung muß in dem Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Delikt liegen. Für ersteres gelten folgende Besonderheiten:

1. Beim Rechtsgeschäft muß der Gläubiger auf die Erfüllung rechnen können.

2. Bei schuldhafter Verletzung der Vertragspflicht handelt es sich um Verletzungen der in dem prinzipalen Interesse des Schuldners sich befindenden Vermögensbestandteile.

3. Das Rechtsgut an sich ist überhaupt nicht Gegenstand des Verkehrs. Erst das Rechtsgeschäft gibt dem Rechtsgut die Stellung als Verkehrsobjekt. (Hierher die römische Regel, daß die Leistung einen Vermögenswert haben muß.) Als Folge ergibt sich: beim Delikt kommt das Rechtsgut nur an sich in Betracht — darum auch gegen nicht verkehrsfähige Objekte Delikt möglich —, beim Rechtsgeschäft hat das Rechtsgut auch noch darüber hinausgehend seine besondere Bedeutung als Verkehrsobjekt, d. h. als Grundlage für weitere Rechtsgeschäfte (vgl. §§ 121, 253). In all diesen Fällen ist es also das

Digitized by Google

berechtigte Vertrauen, das verletzt ist.[1]) Dies würde an sich noch nicht die Verpflichtung des Schuldners ergeben, dieses Vertrauen wiederherzustellen durch den Nachweis, daß kein Verschulden bei seiner Nichtleistung vorgelegen habe. Aber dieser Gedanke, daß der Gläubiger muß erwarten können, daß das Geschuldete geleistet wird, hat die prinzipale Schadensersatzpflicht für die Nichtleistung zur Folge. Das Recht auf die Leistung ist einmal vorhanden, die Umwertung der letzteren in Schadensersatz ist Leistungssurrogat. Rechtsbegründende Ursache ist nur der Abschluß des Rechtsgeschäfts, aus dem einfach die Leistungspflicht sowie die ipso jure eintretende Schadensersatzpflicht bei Nichtleistung folgt. Im Gegensatz hierzu steht der Anspruch aus einem Deliktstatbestand stets als Verletzung nicht einer bereits bestehenden Leistungspflicht, sondern eines absoluten — vielleicht auch relativen[2]) — Rechtes durch den Schuldner da. Hier kann von einer bereits entstandenen Leistungspflicht, deren Wiedererlöschen der Gegner zu beweisen habe, keine Rede sein, vielmehr entsteht erst durch das Delikt primär die Schadensersatzpflicht. Daher hat auch der Verletzte hier die Schuld des Verletzers zu beweisen. Die Regel lautet: **Kläger muß die rechtserzeugenden Tatsachen beweisen.**

Des weiteren gibt das BGB. eine Beweislastregel im § 345: „Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Vertragsstrafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen." Es ist für uns die Frage, weshalb die Regelung der Beweislast hier in dieser Art erfolgt ist. Die Vertragsstrafe ist normierter Schadensersatz sei es des Nichterfüllungsschadens, sei es des Verzugsschadens. Sie tritt in dieser Beziehung sehr häufig an die Stelle des Schadensersatzes, untersteht aber ganz anderen rechtlichen Voraussetzungen.

---

[1]) vgl. hierzu Bekker, Pand. 2 S. 85: „Der rechtliche Schutz der Verträge beruht auf den Bedürfnissen des Verkehrs"; ferner die nähere Ausführung in Beilage 2 auf S. 87, in der die „mystische Wirksamkeit des Konsenses" (Brinz) m. E. mit Recht verworfen wird.

[2]) vgl. hier die diesbezüglichen Kontroversen, insbesondere Planck, Crome, welche behaupten, daß direkte Verletzungen eines relativen Rechts durch einen Dritten unter § 823, 1 fallen. Dagegen fast alle Schriftsteller und auch die neueren Entscheidungen des Reichsgerichts (vgl. z. B. Entsch. vom 29. 2. 1904 Bd. 57, 353 und vom 24. 3. 1904, DJZ. S. 602 u. a.).

Digitized by Google

Denn die Vertragsstrafe ist auf den Fall der Nichterfüllung resp. nicht rechtzeitigen Erfüllung von vornherein abgestellt; im Gegensatz dazu ist der Schadensersatz für den Fall schuldhafter Unmöglichkeit eine einfache Rechtsfolge des Schuldverhältnisses, die sofort mit demselben kraft Gesetzes eintritt. (Diese Regel ist ja auch durch den bereits behandelten und zu diesem Zwecke vorgeschobenen § 282 BGB. bestätigt.) Eine gleiche Behandlung dieser beiden Tatbestände hinsichtlich der Aufbürdung des Beweises muß daher darauf schließen lassen, daß diese beiden Fälle sich zueinander wie Regel und Ausnahme verhalten müssen. Da wir nun den § 282 BGB. als Regelfall anerkannt haben, so bleibt uns nur übrig, den § 345 BGB. als Ausnahme zu konstruieren. Diese Ansicht findet insbesondere ihre Stütze auch darin, daß § 345 auf einen Spezialfall abgestellt ist im Gegensatz zu dem allgemeine Gültigkeit beanspruchenden § 282 BGB. Die Regel kann demnach nicht anders lauten, als daß *normalerweise* erst wenn die schuldhafte Nichterfüllung klarliegt, dann die Vertragsstrafe geschuldet wird, daß also — um es abstrakt zu sagen — rechtserzeugende Tatsache für die Fälligkeit der Vertragsstrafe die schuldhafte Nichtleistung ist. Der Gesetzgeber hat aber den Tatbestand nach § 345 deswegen anders gestaltet, weil er hier wegen der inneren Gleichartigkeit von Vertragsstrafe und Schadensersatz eine *Ausnahme der Beweislast zugunsten des Schuldners* hat machen wollen.

Die weitere Regelung der Beweislast im § 179,1 ist in Verbindung mit dem § 164 zu untersuchen. § 164 sagt deutlich, daß rechtserzeugende Tatsache die bestehende Vertretungsmacht ist; daher ist dieselbe auch vom Kläger zu beweisen. Der Gedanke des § 179,1 entspringt daher m. E. folgender Erwägung:

1. Will der *Vertretene* Rechte aus § 164 herleiten, dann braucht er *nie* die Vertretungsmacht des Vertreters zu beweisen. Denn zwei Möglichkeiten sind vorhanden,
   a) es war Vertretungsmacht da — dann ist das Rechtsgeschäft ja ohne weiteres für ihn gültig, oder
   b) es war keine da, — dann ist Genehmigung erfolgt, die ja nach § 177 insbes. Abs. 2 keiner Form bedarf.

2. Macht der *andere Kontrahent* Rechte gegen den *Vertretenen* geltend, dann muß er nachweisen, daß der als Vertreter Auftretende Vertretungsmacht hatte.

Digitized by Google

3. Macht der andere Kontrahent Rechte gegen den Vertreter geltend, so kann dieser sich nicht darauf berufen, er habe im Namen des Vertretenen gehandelt, es sei denn, daß er diese Vertretungsmacht nachweist. Hier also Ausnahme von der obigen Regel über die Beweislast bezüglich der rechtserzeugenden Tatsachen; denn rechtserzeugende Tatsache wäre die Nichtexistenz der Vertretungsmacht, die vom Gegner bewiesen werden müßte. Als Gründe für diese abweichende Regelung durch den Gesetzgeber lassen sich anführen:

a) Schutz des gutgläubigen Kontrahenten vor culpa in contrahendo von seiten des Vertreters,

b) Schwierigkeit der Beweisführung für den Kontrahenten.

Es ist nun interessant, daß letzterer Grund b im Falle der andere Kontrahent Rechte gegen den Vertretenen geltend macht, nicht berücksichtigt wird. Diesen Fall als Normalfall angenommen — und das ist er, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch die direkte Stellvertretung als normalen Entstehungsgrund von Rechten und Verpflichtungen auf Seiten des Vertretenen anerkannt hat — bedeutet der § 179 eine Ausnahme von der Regel, welch letztere dahin zu fassen ist: **Kläger hat die rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen.**

Nach § 363 BGB. hat der Gläubiger einer ihm als Erfüllung angebotenen Leistung, der dieselbe angenommen hat, die Beweislast, falls er die Leistung deswegen nicht als Erfüllung annehmen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig sei. Dieser § 363 sagt, daß, wenn die äußeren Umstände regulärer Erfüllung vorliegen, der Gläubiger die Nichterfüllung beweisen muß. In der Annahme einer Leistung als der geschuldeten liegt, wie der Gesetzgeber mit Recht annimmt, eine nach außen hin sich als „Erfüllung" von Seiten des Schuldners charakterisierende Handlung es sei denn, daß ausdrücklich der Gläubiger sich Rechte vorbehält, vgl. z. B. § 442 BGB. Normal ist, daß — wenn der Gläubiger ohne Mängel zu rügen die geschuldete Leistung als Erfüllung annimmt — dann die Erfüllung als bewirkt gilt, der Richter darf annehmen, daß erfüllt wäre. Behauptet nun der andere, daß nicht erfüllt sei, so muß er beweisen, da die Annahme einer nicht geschuldeten Leistung, wenn sie nach der erkennbaren Absicht des Schuldners zwecks Erfüllung hingegeben ist, stets anomal erscheint. Daß nun im übrigen

Digitized by Google

unter gewöhnlichen Umständen der Schuldner die Erfüllung beweisen muß, ist bereits gesagt, es genügt aber hier der Beweis normaler Erfüllungshandlungen, insbesondere der Annahme des Geschuldeten als Erfüllung durch den Gläubiger. Will letzterer nun die angenommene Leistung als Erfüllung nicht gelten lassen, so muß er diese Anomalie beweisen: **Das zum normalen Entstehungs- oder Erlöschungsgrunde der Obligation Anomale beweist der Gegner.**

Eine weitere direkte Beweislastregel finden wir im § 542 Abs. 3 BGB.: „Bestreitet der Vermieter die Zulässigkeit der erfolgten Kündigung, weil er den Gebrauch der Sache rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablaufe der Frist die Abhilfe bewirkt habe, so trifft ihn die Beweislast." Die Kündigung des Mieters hat zur Voraussetzung die nicht rechtzeitige Gewährung der Mietsache bezw. die Wiederentziehung derselben sowie Ablauf der vom Mieter dem Vermieter gestellten Frist. Hier scheint nun gerade der entgegengesetzte Standpunkt wie im § 363 zur Geltung gekommen zu sein. Der Mieter hat die Mietsache bereits als Erfüllung angenommen, wenigstens ist dies möglich. Dann mußte er nach § 363 beweisen, daß diese zum Zwecke der Erfüllung erfolgte Übergabe keine vollständige Erfüllung gewesen sei. Da nun m. E. § 542 Abs. 3 auch in diesem Falle — also wenn der Mieter bereits die Mietsache in Empfang genommen hatte — die Beweislast für rechtzeitige bezw. vollständige Erfüllung dem Vermieter auferlegt, so scheint hier eine Ausnahme von der Regel des § 363 BGB. vorzuliegen. Die Beweislast ist also folgendermaßen geregelt:

1. Der Vermieter hat zu beweisen
   a) die rechtzeitige nnd vollständige Gewährung der Mietsache, oder b) die rechtzeitige Abhilfe.
2. Der Mieter muß beweisen
   a) die Kündigung,
   b) die Fristsetzung und Ablauf der Frist bezw. das mangelnde Interesse, warum er keine Frist zu setzen brauchte,
   c) die nach anfänglicher Einräumung wiedererfolgte Gebrauchsentziehung.

Doch ist m. E. nicht mit Notwendigkeit eine Ausnahme von der exceptio non rite adimpleti contractus des § 363 BGB. zu konstruieren. Vielmehr, meine ich, müßte auch in dem Fall, wo der

Digitized by Google

Vermieter nicht rechtzeitig bezw. nicht vollständig leistete, der Mieter aber die Leistung als Erfüllung annahm, der § 363 BGB., der die Beweislast umkehrt, noch Anwendung finden; vgl. Oertmann zu § 363 BGB. Indessen wird im Regelfalle der Mieter die unvollständige Leistung nicht als Erfüllung angenommen haben, denn „die Tatsache der erfolgten Übergabe ist noch keine Annahme, auch Annahme zur Prüfung oder wegen Untunlichkeit sofortiger Rückgabe genügt nicht, es wird vielmehr Annahme als Erfüllung gefordert". Wenn wir nun, wie geschehen, der Ansicht sind, daß § 363 gegebenenfalles trotz § 542 Abs. 3 anwendbar bleibt, so ist § 542 Abs. 3 nur eine einfache Anwendung der Regel, daß Schuldner die Erfüllung zu beweisen habe. Der § 363 bedeutet alsdann eine Ausnahme insofern, als die Beweislast im Falle der Annahme als Erfüllung durch den Mieter sich umkehrt.

Wie § 542 ist zu behandeln der Fall im § 636 Abs. 2 BGB., nach welchem der Unternehmer, falls er die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts bestreitet, die rechtzeitige Herstellung des Werkes zu beweisen hat.[1])

Die Beweislastregelung im § 2336 III entspricht durchaus der Lehre vom normalen und nicht normalen Tatbestand. Normalerweise darf den Pflichtteilsberechtigten ihr Pflichtteil nicht entzogen werden, das Vorliegen besonderer Gründe für die Entziehung des Pflichtteils muß von demjenigen bewiesen werden, der sich auf die Entziehung beruft, also gewöhnlich den Erben. Das gleiche gilt für § 2338 Abs. 2 BGB.

Als Ergänzung zu obigen direkten Beweislastregeln des Bürgerlichen Gesetzbuches sind nun diejenigen Fälle heranzuziehen, bei denen der Gesetzgeber indirekt durch Satzbildung und einzelne Worte sowie deren Stellung die Ausnahmestellung eines gewissen Tatbestandes äußerlich durch „es sei denn", „wofern nicht" und ähnliche Satzformen gekennzeichnet hat. Zwar ist — wie ich ja schon früher sagte — diese Wort- resp. Satzform nicht stets bindend, in der Mehrzahl der Fälle entspricht sie dem bereits oben aus den speziell angeführten Gesetzesstellen gefundenen Resultat der Beweislastverteilung beim normalen und

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. zu § 636 Anm. 4.

Digitized by Google

nicht normalen Tatbestand. Der Gesetzgeber sagt hier: Dieser oder jener Tatbestand ist normal bezw. nicht normal im Rechtssinne.

Demnach scheint es mir, daß die folgenden, auch von der herrschenden Lehre anerkannten Beweislastregeln durchaus dem Sinne und dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechen:

1. Der Kläger hat die Klagetatsachen — den Klagegrund — zu beweisen, d. h. den normalen Tatbestand, der unter gewöhnlichen Umständen den vom Kläger behaupteten Anspruch als gerechtfertigt erscheinen läßt (vgl. Crome Bd. 1 S. 559: „er hat so viele Tatsachen zu beweisen, daß ein präsentes Recht des Klägers wider den Beklagten zu konstruieren ist").

2. Die hierzu anomalen Tatsachen beweist der Beklagte, das hierzu wieder Anomale der Kläger usw. fort.

3. Im allgemeinen ist nur das Entstehen des Rechtsverhältnisses, nicht dessen Fortdauer vom Kläger zu beweisen, das Erlöschen, die Erfüllung beweist der Gegner. Doch beansprucht dieser Satz nicht allgemeine Gültigkeit. Behaupte ich den Besitz einer Sache, so genügt es nicht, wenn ich beweise, daß ich den Besitz einmal erlangt habe; vgl. hierzu die Regeln über die Ersitzung beweglicher Sachen, wo dies ausdrücklich im Gesetz gesagt ist (BGB. § 938).

4. Negative Tatsachen unterliegen denselben Beweislastregeln wie die positiven.[1])

Daß diese Regeln nun aber auch zweckentsprechend und vom praktischen Standpunkt aus billigenswert sind, hierfür mag der Beweis kurz angetreten werden.

Wir müssen davon ausgehen, daß in unserem heutigen Prozeß Verhandlungsmaxime herrscht, d. h. daß der Kläger und der Beklagte selbst die streitigen Tatsachen vor den Richter bringen und daß sie dem Richter die Überzeugung von der Existenz der für ihr beanspruchtes Recht notwendigen Tatsachen beibringen müssen. Natürlicherweise wird sich der Beklagte zunächst auf ein Verneinen der vom Kläger behaupteten Tatsachen beschränken können, denn der Kläger will einen im jetzigen Rechts- bezw. Besitzzustand noch nicht verwirklichten Erfolg herbeiführen. Er will also ändern, und für diese Änderung muß er

[1]) Dies bedarf keiner weiteren Begründung als der auf S. 61 ff. vorgebrachten.

Digitized by Google

seine Gründe beibringen. Wieviel er nun von diesen Gründen beibringen muß, um den Richter zu überzeugen, das hängt von den jedesmaligen Rechtsnormen ab. Auch braucht er nicht alles zu beweisen, denn sonst müßte der Richter vom Kläger stets selbst den Beweis der Nichtexistenz von Tatsachen verlangen, welche wie z. B. die Minderjährigkeit und Geisteskrankheit, allgemein als Hinderungsgründe des klägerischen Rechts anerkannt sind. Letzteres ist nicht denkbar. Denn es würde, wenn auf Bestreiten des Beklagten der Kläger all diese Voraussetzungen seines Klaganspruchs zu beweisen haben würde, die Verhandlungsmaxime zu Grabe getragen werden müssen. Die Prozesse würden sich zeitlich ins Unendliche ausdehnen, und da das Bestreiten des Beklagten ihm vom rechtspolitischen Gesichtspunkte aus nicht zur besonderen Strafe gereichen kann (Ausnahme: event. Kostenpflicht), so wäre von einer ordentlichen Verhandlung kaum mehr die Rede. Der Gesetzgeber muß, wenn er nicht die Offizialmaxime einführt, stets ein gewisses Maß des Beweises dem Beklagten auferlegen, und zwar schon aus dem Grunde, damit der Beklagte sich nicht nur auf das Leugnen des klägerischen Anspruchs verlege. Aber noch ein anderer Grund wird maßgebend sein müssen für die Verteilung der Beweislast, derjenige nämlich, daß das von der einen Partei nicht bewiesen zu werden brauche, was sie nur mit außerordentlichen Mitteln zu beweisen vermag, während der eventuelle Beweis des Gegenteils der andern Partei leicht erscheint.[1]) Allerdings ist richtig, daß die Schwierigkeit der Führung des Beweises an sich kein Grund ist, die Beweislastregeln umzudrehen, aber Vorgänge, die nur in der Person der einen Partei entstanden sind, muß diese eine Partei beweisen, sonst wird sie durch die Leugnung die Durchführung der Verhandlungsmaxime unmöglich machen. Hierhin gehören eben die Fälle der Minderjährigkeit und der Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung. Anderseits ist der gute Glaube des Gegners im allgemeinen so lange anzunehmen, als ihm nicht Schlechtgläubigkeit nachgewiesen wird. Dies folgt daraus, weil Schlechtgläubigkeit allgemeines Deliktsmerkmal ist, wenn auch ihre Wirkungen über den Tatbestand des Delikts hinausgehen.[2]) Wie nun Fahrlässigkeit und Vorsatz stets vom Gegner zu be-

[1]) vgl. Crome a. a. O. Bd. 1 S. 562 unter II Abs. 2. Auf diesem Gedanken baut sich auch die Bestimmung von § 363 BGB. auf.

[2]) vgl. die sachenrechtlichen Bestimmungen.

Digitized by Google

weisen sind, sofern eben deliktische Haftung vorliegt, so bleibt auch der schlechte Glaube dem Beweise des Gegners vorbehalten: quisquis praesumitur bonus, donec probetur contrarium (sogen. praesumtio boni).

Wir gelangen hierdurch zu folgendem Resultat, das in seinen weiteren Konsequenzen dem aus dem Gesetz gefundenen entspricht:

1. Der Kläger braucht nicht alle rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen, sondern höchstens nur diejenigen, welche nicht nur in der Person des Gegners liegen, ausgenommen bei deliktischen Tatbeständen (hier praesumtio boni).
2. Der Beklagte braucht nur Tatsachen, die in seiner Person liegen, mit Ausnahme der Deliktstatbestände zu beweisen; außerdem liegt ihm der Beweis der anomalen Tatbestände ob, auf die er irgendwelche Rechte stützt (Einreden und Einwendungen).

Die Auslese für die Beweislastfrage aus der Zivilprozeßordnung ist gering. Hier ist zunächst der § 292 ZPO. zu nennen, der über den Beweis beim Vorliegen einer Rechtsvermutung handelt. Rechtsvermutungen sind Schlüsse, die von gewissen Tatsachen auf das Vorhandensein anderer Tatsachen gezogen werden, und zwar durch das Recht selbst. Hieraus folgt, daß durch die Rechtsvermutung an sich die Beweislast nicht geändert, wohl aber erleichtert wird, denn die Prämisse bleibt nach wie vor von dem regelmäßig Beweispflichtigen zu beweisen. Hat er diese aber bewiesen, dann ist der Schluß kraft Gesetzes auf das Vorhandensein anderer Tatsachen gegeben und der Gegner muß den event. Gegenbeweis liefern. Gegenüber der vermuteten Tatsache, die sich kraft Gesetzes als normaler Tatbestand aus der Prämisse entwickelt, ist die Behauptung eines anderweitigen Tatbestandes Anomalie und daher vom Gegner zu beweisen.[1])

Daß weiterhin bei Gericht offenkundige Tatsachen keines Beweises bedürfen, ist m. E. reine Zweckmäßigkeitsvorschrift und als solche eine Ausnahme von der Regel, daß die rechtserzeugenden Tatsachen — den

[1]) Bemerkt sei hier erläuternd, daß im vorstehenden von Rechts-, nicht von Tatsachenvermutung die Rede ist; letztere beruht nicht auf Rechtsnormen, sondern auf Erfahrungssätzen, z. B. der Indizienbeweis.

Digitized by Google

Klagegrund — der Kläger zu beweisen hat. Diese Ausnahme ist durchaus zweckentsprechend, da es sich um gemeinkundige Tatsachen handelt, welche nicht bloß auf privatem Wege zur Kenntnis des Gerichts gelangt sind — es sind, um mit Schmidt[1]) zu reden, „diejenigen Tatsachen, von denen so viele Menschen überzeugt sind, daß ein verständiger Mann sie schon um dieser allgemeinen Überzeugung willen ebenso für wahr hält, als wenn er sich Gründe für die Wahrheit verschafft hätte". Außerdem muß die Tatsache bei dem Gericht offenkundig sein, d. h. „das Gericht muß an dieser verbreiteten Kenntnis Anteil haben". Amtlich braucht m. E. das Gericht die Kenntnis der Tatsache nicht erlangt zu haben.[2]) Wie ich bereits sagte, ist diese Bestimmung — § 291 ZPO. — ein Ausnahmefall auf dem Gebiete der Beweislastregelung, nicht der Verteilung, denn niemand braucht zu beweisen, der Gegenbeweis ist sowohl bezüglich des Tatbestandes der Notorietät als auch bezüglich der Tatsache selbst, die notorisch sein soll, möglich.

Ebenso singulärer Natur wie die Beweislastregelung bei den notorischen Tatsachen ist die bestimmten Urkunden vom Gesetzgeber zuerkannte volle Beweiskraft, gegen welche teils Gegenbeweis möglich ist teils nicht. Allgemeine Voraussetzung hierfür ist, daß die Urkunden echt und unverfälscht sind. Es ist hier nicht der Ort, näher hierauf einzugehen, für die prinzipielle Regelung der Beweislast ist aus den §§ 415 ff. ZPO. nichts zu entnehmen. Das gleiche gilt von den event. noch in Betracht zu ziehenden, von der Beweislast handelnden §§ 164, 447, 467, 475 u. a.

Nunmehr, nachdem die Regeln der Beweislast bereits aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts allgemein geschöpft und entwickelt sind, nachdem wir weiterhin gesehen haben, daß auch vom praktischen Standpunkt gegen das gefundene Resultat nichts einzuwenden ist, nachdem wir endlich vergebens in der Zivilprozeßordnung nach einer weiteren Ausgestaltung der Beweislastverteilungslehre im allgemeinen — spezielle Bestimmungen sind ja vorhanden — Umschau gehalten haben, bleibt uns übrig, die Frage zu beantworten, ob die Regelung der **Beweislast Gegenstand einer Parteivereinbarung** sein kann.

---

[1]) a. a. O. S. 354.

[2]) A. A. z. B. Endemann Bd. 1 S. 471 Anm. 5.

Digitized by Google

Betzinger[1]) ist von seinem Standpunkt aus, daß die Beweislastregelung den Charakter einer Prozeßnorm, d. h. einer Norm des öffentlichen Rechts habe, zur Verneinung dieser Frage gekommen. Zu der gleichen Ansicht kommen auf ähnlichem Wege Gaupp-Stein,[2]) Struckmann-Koch,[3]) Wach,[4]) Seuffert[5]) u. a., die insonderheit auch betonen, daß dem Richter durch einen derartigen Vertrag unzulässige Schranken in seiner Urteilspflicht auferlegt werden.

Meines Erachtens geht die Unzulässigkeit der Parteivereinbarung über diesen Punkt schon aus § 447 ZPO. hervor, indem ich mich dahin entscheide, daß eine nicht beweispflichtige Partei die Beweislast durch Zuschiebung des Eides nicht übernehmen könne; ist dies richtig, dann scheint nach meiner Meinung die hier bezüglich des wichtigsten Falles der Beweislastübernahme gegebene Regelung auf die übrigen Fälle ausgedehnt werden zu müssen. Ich schließe mich demnach der oben vertretenen Ansicht an und komme auch zu dem Resultat, daß die Beweislast nicht durch eine Vereinbarung der Parteien geregelt werden kann.[6])

Als spezielle Ausbeute für unsere Aufgabe bleibt bestehen, daß der Beklagte die normalen Einredetatsachen, das hierzu Anomale der Kläger zu beweisen hat.

Es bleibt hier nunmehr übrig, die **Beweislast bei den Prozeßeinreden** zu untersuchen. Wie oben bereits ausgeführt, sind die Rügen der Mängel in den Prozeßvoraussetzungen als prozessuale Einreden anzusehen. Von einer einheitlichen Regelung der Beweislast bezüglich dieser Materie ist in der Zivilprozeßordnung nichts zu finden. Bei den prozeßhindernden Einreden ist m. E. zunächst die Untersuchung zu eröffnen. Wen hier die Beweislast trifft, ob den Kläger oder Beklagten, läßt sich auch bei ihnen nicht allgemein entscheiden.[7]) Der Ausdruck „prozeßhindernde Einrede" kann leicht zu falschen Schlüssen

---

[1]) a. a. O. S. 140.

[2]) a. a. O. zu § 282 S. 639, 5.

[3]) Zu § 286 Anm. 5 u. § 287 Anm. 8 in s. Komm.

[4]) Wach im ZivArch. Bd. 64 S. 225 Anm. 16.

[5]) a. a. O. zu § 260 Anm. 4.

[6]) Dabei darf man aber nicht verkennen, daß dieselben doch einen großen Einfluß auf die Verteilung durch Nichtbestreiten und Zugestehen ausüben können.

[7]) vgl. Bülow a. a. O. S. 12.

Digitized by Google

führen, er kann, wie Struckmann-Koch[1]) sagt, leicht „zu der Annahme verleiten, als ob es sich dabei immer um eine wahre Einrede, d. h. um selbständige vom Beklagten zu beweisende Tatsachen handele, durch welche das an sich begründete Recht des Klägers auf Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache aufgehoben werde".[2]) Dem ist aber nicht so; wir müssen vielmehr von dem Standpunkt ausgehen, daß normalerweise die Prozeßvoraussetzungen vom Kläger zu beweisen sind, denn sie bilden die unumgängliche Grundlage für das Zustandekommen einer Sachentscheidung und entsprechen durchaus dem „Klagegrunde" bezüglich der materiellen Seite des Anspruchs. Aus diesen Prozeßvoraussetzungen haben wir eine gewisse Kategorie als Prozeßanfechtungsgründe — wie Gaupp-Stein sagt[3]) „Prozeßhindernisse" — auszuscheiden. Diese Hinderungsgründe sind vom Beklagten geltend zu machen und demgemäß zu beweisen, so die Rechtshängigkeit, die mangelnde Sicherheit für Prozeßkosten, die mangelnde Zahlung der Kosten eines früheren Rechtsstreits und der Abschluß eines Schiedsvertrages. Dies entspricht der Beweislast bei der echten materiellrechtlichen Einrede und insbesondere der Lehre von der Anomalie, die der Beklagte zu beweisen hat. Rechtshängigkeit und die sonstigen oben genannten Gründe wirken wie die dilatorischen Einreden. Im übrigen wird auf das über die Prozeßeinreden (oben S. 38 ff.) Gesagte verwiesen.

---

[1]) a. a. O. S. 350.

[2]) Dieser Ansicht ist z. B. noch Dernburg, Preuß. PrivR. S. 276.

[3]) a. a. O. S. 612 oben.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Lebenslauf.

Ich, Carl Ernst Krefft, wurde geboren am 9. Januar 1883 zu Gleiwitz i. Schl. als Sohn des Fabrikanten Carl Krefft und seiner Ehefrau Emma geb. Fichtel. Ich besuchte das Gymnasium zu Barmen, bestand dortselbst März 1899 die Prüfung für den einjährig-freiwilligen Dienst und März 1902 das Abiturientenexamen. Nach diesem studierte ich auf den Universitäten München, Straßburg und Bonn Rechts- und Staatswissenschaften und besuchte Vorlesungen und Praktika der Herren Professoren: v. Bechmann, Brentano, Grueber, Seuffert und Riezler in München; Bloch, Kisch, Laband, Lenel, Mayer, Sartorius Frhr. v. Waltershausen, v. Tuhr und Zimmermann in Straßburg, Bergbohm, Cosack, Crome, Heimberger, Krüger, Landsberg, Stutz, Zitelmann und Zorn in Bonn. Am 4. November 1905 unterzog ich mich am Oberlandesgericht Köln mit Erfolg der ersten juristischen Prüfung. Nach Einreichung meiner Dissertation bestand ich alsdann am 6. August 1906 bei der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg die mündliche Doktorprüfung.

Zurzeit bin ich als Referendar am Landgericht Elberfeld beschäftigt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google